

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	11001310503320190072901
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL DE ACOSO LABORAL
DEMANDANTE	CARLOS ALBERTO LUENGAS PULIDO
DEMANDADO	- BANCO POPULAR S.A. - MATILDE JAIMES VILLAMIZAR

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo 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 Alberto Luengas Pulido** se **declare** que existió un contrato de trabajo con el Banco Popular S.A.; que se **declare** que de manera arbitraria e injusta fue sancionado con la suspensión de su contrato de trabajo durante 3 días; que se **declare** que la suspensión de su contrato se debió al acoso laboral que ha venido ejerciendo la señora Matilde Jaimes Villamizar desde su llegada como directora al área de Cartera Corporativa. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** al Banco Popular S.A. al pago de la indemnización de perjuicios, conforme lo establece el artículo 65 del CST, la suma descontada y retenida de su salario por la ilegal e injusta suspensión de su contrato de trabajo; que se **imponga** una multa de 10 salarios mínimos a la señora Matilde Jaimes Villamizar y al Banco Popular S.A., conforme lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 10 de la Ley 1010 de 2006; que se condene al banco demandado a pagar la suma de cuarenta y cuatro SMLMV por concepto de daño psicológico y moral, causado por el acoso laboral al cual fue expuesto; 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° 3 a 5 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que con fecha 15 de abril de 1993, suscribió contrato de trabajo con el Banco Popular, para desempeñar el cargo de mensajero; que en la actualidad se desempeña como Analista Técnico I del área de Cartera Corporativa; que su salario promedio actual es de \$2'700.000; que la labor encomendada es ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador, cumpliendo con el horario de trabajo señalado, sin que se llegara a presentar queja alguna o llamado de atención con el cargo de Analista Técnico I del área de Cartera Corporativa desde inicio del año 1999, hasta el 25 de agosto de 2019, fecha en la que fue retirado de sus funciones; que en la sección donde se desempeña sus funciones, han existido 5 funcionarios de soporte; que desde el año 1999, hasta noviembre de 2017, ha laborado con 4 jefes con quienes se desempeñó en un clima laboral sin problemas; que desde noviembre de 2017, fue nombrada como Directora del Área a la señora Matilde Jaimes Villamizar, quien retiró a un funcionario del área de soporte, repartiendo las funciones entre los 4 restantes y omitió solicitar el reemplazo; que a partir de este momento se volvió tensa la situación en el área, debido al incremento en las funciones, dado que allí se atendían 35 oficinas y por la supresión de un soporte se incrementó a 45 oficinas; que a partir del año 2018, época en la que solicitó el reemplazo, se intensificó el trabajo y la presión hacia él y sus compañeros de trabajo.

Sostuvo que, para el año 2018, expuso la situación ante el comité de convivencia del banco, reunión a la que la señora Matilde Jaimes Villamizar, como Directora del Área no asistió; que para el mes de febrero del año 2019, concluyó el proceso del comité de convivencia sin ningún resultado; que para esta misma data, se realizó cambio de las operaciones del área y se dio inicio a la primera fase de migración de los créditos leasing al aplicativo corporativo de cartera; que en abril del año 2019, se masificó la segunda fase con la migración de los créditos de empleados del banco al aplicativo corporativo de cartera; que debido a la improvisación y a la falta de pruebas para esta migración, el sistema no administró correctamente los créditos y generó un incremento sustancial en el volumen de operaciones, ya que se deben hacer operaciones manuales; que la señora Matilde Jaimes Villamizar no tuvo en cuenta los imprevistos que generó el proceso de migración e introdujo para la sección las áreas de leasing y salarios, incremento que se ve reflejado en un alto volumen de ajustes, pagos, pagos por aplicar, reversos de pagos, lo que deben ser atendidos manualmente por el soporte de cartera, dado que el sistema no los realiza; que fueron incrementados los errores en los procesos de crédito de los empleados del banco y la solución de la directora fue retirar otro soporte del área para que atendiera ese problema específico y repartió nuevamente las funciones entre los otros 3 funcionarios, recargando aún más las funciones y operaciones diarias generando el consecuente retraso en las labores diarias, razón por la cual los soportes deben atender un promedio de 5 oficinas cada uno; que debido a lo anterior,

se vio en la obligación de empezar labores a las 7 a.m. hasta las 9 p.m., bajo el lema de la señora directora “Se sabe a qué horas se entra a laborar pero no a qué horas se sale”.

Expresó que, en represaría a los reclamos presentados, la Directora no le autorizó más tiempo extra, ni transporte, ni alimentación nocturna, recargándole más sus funciones y fue citado a diligencia de descargos aduciendo que no obedecía las órdenes impartidas; que la Directora alego que el demandante está infringiendo el código de ética en su numeral 3; por lo anterior, fue sancionado con suspensión del contrato de trabajo durante 3 días.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

El **BANCO POPULAR S.A.** contestó (f° 73 a 86 archivo 1, archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la existencia de la relación laboral a partir del 15 de abril de 1993, a través del cual el demandante fue vinculado para desempeñar el cargo de mensajero; que actualmente desempeña el cargo de Analista Técnico I del área de Cartera Corporativa, que en dicha área han existido 5 funcionarios de soporte; que los soportes deben atender un promedio de 55 oficinas cada uno. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, falta de causa, pago, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación reclamada, buena fe, compensación y genérica.

Por su parte, **MATILDE JAIMES VILLAMIZAR**, contestó (archivo 4 y 9, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, falta de causa, pago, cobro de lo no debido, inexistencia del contrato de trabajo e inexistencia de la obligación reclamada y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de abril de 2022 (archivo 18, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER al BANCO POPULAR y a MATILDE JAIMES VILLAMIZAR de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por CARLOS ALBERTO LUENGAS PULIDO, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación.

TERCERO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de UN (1) S.M.L.M.V.

CUARTO: Si esta providencia no es apelada por el demandante, envíese en el Grado Jurisdiccional de Consulta con el Superior.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que conforme lo manifestado por el demandante las conductas de acoso laboral, se presentaron por i) el incremento de las labores y trabajo asignado, ii) suspensión injustificada del contrato por el término de 3 días, posteriormente modificado a 2 días y iii) agresión verbal.

Respecto al incremento en las labores señaló que, si bien el banco accionado aceptó la reducción del personal en el área donde el demandante presta su labor, lo cierto es que ello acarreó un incremento en la carga laboral de todo el personal del área, por ello no se trató de un acto arbitrario, deliberado para afectar la ejecución de las funciones del actor. Adicionalmente, sostuvo que conforme lo indicado por el testigo Juan Carlo Silva, el banco se encontraba en un proceso de migración de información, lo que generó que el equipo de trabajo del cual era parte el accionante, se encontrara en una situación de carácter excepcional en torno al manejo del software o soporte para las transacciones bancarias.

Lo anterior conllevó a demostrar que, las condiciones alegadas por el señor Luengas, se generaron en torno a la migración de información, sin que se advierta que las demandadas hayan desplegado actos tendientes a generar lo descrito en el artículo 2 de la Ley 1010 de 2006, es decir, buscar infundir miedo, intimidación para realizar sus actividades, o generar terror, angustia, o querer causarle un perjuicio laboral. De igual forma, sostuvo que las pruebas no demuestran que al actor se le tratara de forma desigual en comparación con el resto del equipo y que las solicitudes de cumplimiento de labores, o de colaboración, no constituye conductas de acoso laboral, conforme el artículo 8 ibidem.

Respecto la suspensión del contrato de trabajo, indicó que la empresa adelantó proceso disciplinario en contra del actor, siendo este citado a descargos y, con motivo de ello, le fue impuesta una sanción de 3 días; que posteriormente fue modificado a 2 días; sin embargo, en los términos del literal b del artículo 8 de la Ley 1010 de 2006, los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria que legalmente corresponde a los superiores jerárquicos sobre sus subalternos, no constituyen conducta de acoso laboral, salvo que estos sean reiterados y públicos, hechos que no se presentan en este caso, pues el proceso disciplinario adelantado por el empleador se ejerció en contra del accionante por quejas presentadas relacionadas por retrasos en la ejecución de las funciones y en la generación de mal ambiente laboral con sus compañeros.

Adicionalmente, manifestó que este proceso no es el indicado para verificar si se cumplieron o no las etapas y los términos establecidos en la convención colectiva de trabajo, y si la sanción disciplinaria fue o no proporcionada, respecto al proceso disciplinario adelantado, por lo que, dicho asunto no fue abordado.

De otro lado, frene a los maltratos verbales, reseñó que había sido indicado por los testigos (sin referirse a cuales), que la demandada Matilde Jaimes Villamizar, solía referirse al demandante y a personas mayores de la empresa, con frases como *“tiene el cerebro arrugado y no pueden pensar”*, lo cierto es que, estos declarantes eran de oídas que acompañaron el proceso disciplinario con el demandante y no presenciaron tratos ofensivo hacia el señor Luengas por parte de la señora Jaimes, pues estos hechos llegaron a su conocimiento por comentarios del mismo demandante o por terceras personas, pues solo conocieron a la accionada el día de los descargos, sumado a que ello manifestaron trabajar en dependencias diferentes a las del actor, razones suficientes para restarles validez a sus declaraciones.

Aunado lo anterior, indicó que la enunciación de los alegados maltratos verbales no se hizo en la presentación de los hechos de la demanda, sino fue solo hasta la práctica de pruebas que se puso en conocimiento del despacho tal situación, a pesar de ello, concluyó que esta conducta tampoco fue acreditada con las pruebas practicadas en el curso del proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

El señor **CARLOS ALBERTO LUENGAS PULIDO** impetró recurso de apelación, con la finalidad que se revoque en su integralidad la sentencia, para el efecto sostuvo que, el juez consideró que no se presentó acoso laboral como consecuencia de los malos tratos o las palabras peyorativas que se desarrollaban en contra del accionante, teniendo como base que los testigos fueron de oídas, situación que es falsa, dado que los testigos abiertamente declararon que las manifestaciones estaban dirigidas en contra del señor Luengas.

Por otro lado, indicó que no se tuvo en cuenta el debido proceso frente a la diligencia de descargo, en donde se ordenó la suspensión del contrato de trabajo, teniendo en cuenta que el trabajador fue sancionado como consecuencia de una aparente disminución de funciones, a pesar de ello, con las bitácoras de gestión se demuestra que el demandante fue el mejor trabajador del área en donde se desempeñaba; si bien la disminución de los trabajadores produjo el aumento de las labores, no se puede entender porque al accionante si se le sancionó y a los otros trabajadores no, cuando fue él quien tuvo el mejor desarrollo y manejo de las operaciones a cargo del área, elemento que es demostrativo de la desigualdad y discriminación de la que fue objeto el trabajador. Adicionalmente, indicó que no se tuvo en cuenta la declaración del testigo aportado por la parte demandada quien aceptó que el señor Luengas fue uno de los mejores trabajadores y a pesar de ello, fue sancionado.

Finalmente, manifestó que tampoco es de recibo que, se indique que las conductas de acosos laboral relacionadas con agresión verbal no fueron expuestas en la demanda, pues

las mismas deben ser declaradas en virtud de las facultades ultra y extra petita, pues estas conductas fueron demostradas en el curso del proceso.

CONSIDERACIONES

La Sala de Decisión, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso de apelación presentado por la parte demandante Carlos Alberto Luengas Pulido S.A., en estricto sentido a lo que fue materia de alzada.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si fue acreditado dentro del curso del proceso, la configuración de conductas de acoso laboral, ejercidas por Matilde Jaimes Villamizar, como Directora de Área de cartera del Banco Popular S.A., en contra del señor Carlos Alberto Luengas Pulido y si como consecuencia de ello, hay lugar a acceder a las pretensiones contenidas en la demanda inicial.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Carlos Alberto Luengas Pulido mantiene vínculo laboral con el Banco Popular S.A., desde el 15 de abril de 1983 (f° 89 a 91 y 234 a 241, archivo 1, archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que para la fecha de ocurrencia de los hechos aquí debatidos y en la actualidad, desempeñaba el cargo de Analista Técnico I del área de Cartera Corporativa; y *iii)* que la demandada Matilde Jaimes Villamizar es la Directora del Área de Cartera Corporativa.

DEL ACOSO LABORAL

Empieza esta Colegiatura, por referir que la Ley 1010 de 2006, tiene como fin «*definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral*» (artículo 1°); en esa dirección, el artículo 2° definió el acoso laboral como «*toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado o trabajador, por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo o inducir a la renuncia del mismo*», bajo las modalidades de maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad o desprotección laboral. En este punto, debe

precisarse que solamente las personas naturales son quienes pueden ejercer las conductas constitutivas de acoso, las cuales de ninguna manera pueden ser trasladadas a una persona jurídica, en la medida en que esta no es una persona física o natural sino una institución que responde a una ficción legal, siendo responsable únicamente por permitir y/o tolerar esas conductas.

Del mismo modo, en los artículos 7 y 8, se establecieron las conductas que constituyen acoso laboral y las que no lo son, en donde es dable destacar que no toda exigencia, orden, solicitud o actuación que se presente en el ámbito laboral, configura un proceder de acoso. Igualmente, el artículo 9° alude a las medidas preventivas y correctivas del acoso laboral, así:

- Los reglamentos de trabajo de los empleadores **deberán** prever los mecanismos de prevención de las conductas de acoso laboral y establecer un procedimiento interno, confidencial, conciliatorio y efectivo para superar las que ocurran en el lugar de trabajo. Los comités de empresa de carácter bipartito, donde existan, podrán asumir funciones relacionados con acoso laboral en los reglamentos de trabajo. La omisión en la adopción de medidas preventivas y correctivas de la situación de acoso laboral por parte del empleador o jefes superiores se entenderá como tolerancia de esta.
- La víctima de acoso laboral podrá poner en conocimiento de una autoridad administrativa la ocurrencia de una situación continuada y ostensible de acoso laboral, dicha autoridad conminará preventivamente al empleador para que ponga en marcha los procedimientos confidenciales referidos anteriormente y programe actividades pedagógicas o terapias grupales de mejoramiento de las relaciones laborales. Para adoptar esta medida se escuchará a la parte denunciada.
- La víctima de acoso laboral podrá solicitar la intervención de una institución de conciliación autorizada legalmente a fin de que amigablemente se supere la situación de acoso laboral.

Por su parte, el artículo 10 estableció el tratamiento sancionatorio cuando el acoso laboral está debidamente acreditado, y el artículo 11 las garantías a fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, dentro del cual, se prohíbe dar por finalizado el vínculo laboral en un lapso de protección de seis (6) meses siguientes a la petición o queja, respecto de la víctima de acoso laboral que hubiere ejercido tales procedimientos «*preventivos, correctivos y sancionatorios*».

De acuerdo con las anteriores consideraciones, procede la Sala de Decisión a verificar si el actor demostró, teniendo la carga de la prueba en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, que la señora Matilde Jaimes Villamizar, actuando en su calidad de Directora de Área de Cartera Corporativa del Banco Popular S.A., desplegó las conductas de acoso laboral descritas en el escrito genitor, conforme lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 1010 de 2006.

Sostuvo el promotor de la contienda que, el hecho que se le haya dado inicio a un proceso disciplinario en su contra, debe ser considera como un acoso laboral y denota un trato diferenciado respecto a sus compañeros de trabajo, pues de su grupo de trabajo, únicamente él fue llamado a rendir descargo.

Con la finalidad de comprobar su dicho, debemos remitirnos al contenido del acta de descargos del 18 de julio de 2019 (f° 27 a 34 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. Digital), a través de la cual se le endilga al señor Luengas Pulido, el incumplimiento del Reglamento Interno de Trabajo, específicamente en lo concerniente a los deberes, obligaciones y prohibiciones contenidos en los artículos 85, 87 y 94, debido a que, en criterio de la entidad demandada, el trabajador no venía realizando las tareas asignadas a su cargo, desatendiendo las órdenes de sus superiores, al no aplicar los pagos a obligaciones reportadas por las oficinas, omisión que en su concepto, no solo se afecta la operación del área por las consecuencias que se generen sobre los clientes por moras no reales y ante las centrales de riesgo, afectación al índice de calidad y cartera, sino que también deteriora el clima laboral del área por la sobrecarga y la falta de trabajo en equipo.

Al respecto se observa, que una vez surtido el trámite correspondiente, la entidad financiera demandada a través de comunicación de fecha 26 de agosto de 2019 (f° 254 archivo 1, archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), le hizo saber al actor que, después de analizados los argumentos presentados y las circunstancias que rodearon el incumplimiento de los procesos establecidos por el banco, había decidido sancionarlo disciplinariamente con 3 días de suspensión, los cuales se harían efectivos a partir del 27 de agosto de 2019.

De igual forma, al promotor de esta acción, le fue comunicado el 15 de noviembre de 2019, que en virtud de la decisión adoptada por el comité de conciliación, había sido modificada la sanción y se había dispuesto que la suspensión sería únicamente por el término de 2 días (f° 255 archivo 1, archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Decantado lo anterior, sea lo primero definir que aspectos tales como, valorar si el procedimiento adelantado por el Banco Popular S.A. se ajusta o no los preceptos convencionales, en lo relacionado a los términos y las etapas allí contemplados, si la imposición de la sanción disciplinaria es justa y proporcional o no a las conductas endilgadas, y si la misma se llevó con observancia del debido proceso, no es una asunto que deba ser objeto de estudio a través de la presente acción especial, debido a que ello debe ser objeto de debate dentro del proceso ordinario laboral, ello en razón a que por la naturaleza de este juicio únicamente deben ser analizadas si las conductas atribuidas a la señora Matilde Jaimes Villamizar, son constitutiva de acoso laboral a la luz de Ley 1010 de 2006.

A pesar de lo anterior, resulta imperante para esta Sala efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto y que fueron recaudadas en el curso del presente juicio, conforme lo determina el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y para ello, tenemos que obra comunicación de fecha 18 de julio de 2019 a través de la cual, un grupo de trabajadores, sin que se pueda identificar sus nombres o área de trabajo, presentaron ante Adriana Ramos, Gerente de Gestión y Talento Humano del banco Popular, queja en contra del señor Carlos Alberto Luengas Pulido, debido a su comportamiento irrespetuoso hacia su Directora; adicional a ello, se informa que no es una persona que trabaja en equipo y no aporta un buen ambiente laboral (f° 247 archivo 1, archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), documental que valga la pena resaltar no fue tachada de falsa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 del CGP, por lo cual es susceptible de ser considerado y valorado como prueba, y se reputa auténtico, en los términos del artículo 54 A del CPTSS.

Adicionalmente, fue allegado informe de seguimiento de operaciones, de los días 4 de febrero, 25, 28 de junio 3, 8 y 12 de julio de 2019 (f° 11 a 20 archivo 1, archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), en los que en efecto se evidencia que el señor Carlos Alberto Luengas Pulido cuenta con un número importante de gestiones, en comparación con sus pares para los periodos allí reflejados; sin embargo, a través de este medio de prueba no se puede establecer que este sea un comportamiento laboral constante, pues se desconoce cual se su rendimiento en otros días de laboral, máxime, cuando para el 5 de julio de 2019, su jefe inmediata, hoy demandada, informó a través de correo electrónico (f° 93 archivo 1, archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), lo siguiente:

De: MATILDE JAIMES VILLAMIZAR
Enviado el: viernes, 05 de julio de 2019 04:34 p.m.
Para: JEIMY ISABEL LAVERDE ESPEJO; JUAN CARLOS DIAZ PINZON
CC: CARLOS ALBERTO DIAGAMA CRUZ
Asunto: Caso Carlos Luengas

Jeimy buenas tardes

Desde hace algunos meses hemos escalado el caso de Carlos Luengas el cual a pesar de haberle dejado el puesto al día continuamente se atrasa, ocasionando recarga de trabajo a sus compañeros.

Como ejemplo expongo.

1. No aplica los pagos a las obligaciones reportados por las oficinas con las consecuencias a los clientes, por alturas de mora no reales y ante las centrales de riesgo, afectación al índice de calidad e cartera
2. Reproceso por la atención de PQRS
3. Mal ambiente laboral con los compañeros, por la sobrecarga y la falta de trabajo en equipo

Por lo anterior agradezco la colaboración para el cambio del recurso, dado que no podemos continuar afectando la operación porque el recurso no realiza las tareas asignadas.

Aunado con lo anterior, se advierte que el señor Carlos Alberto Luengas Pulido fue objeto de múltiples requerimientos relacionados con la ejecución de sus labores, por parte de

su jefe inmediata y así se puede observar en correos electrónicos adiados 3 de mayo de 2018, 6 de junio de 2018, y 5 de marzo de 2019, en donde se le indicó: *«por favor verificar este caso, me parece que no es coherente que se le de a un cliente 3367 meses de periodo de gracia. El crédito esta inconsistente, por favor ajustarlo dado que por este error se debe retrasar el cierre de abril», «con preocupación observo que no se han realizado los ajustes de la bitácora que les entregue desde el 16 de mayo, agradezco revisar y ajustar», «veo que la mayoría de pagos de vieja data pendientes de resolver son tuyos, por favor darles prioridad»* (f° 112, 126 y 130 archivo 1, archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital)

Así mismo, se tiene que el señor Juan Carlos Díaz Pinzón, Gerente de Administración de Cartera y Garantías, a través de correo electrónico de fecha 25 de julio de 2019, emitió concepto ante la Gerencia de Gestión y Desarrollo de Talento Humano (f° 249 a 250 archivo 1, archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), el cual se reproduce a continuación, aclarando que el documento fuente no es del todo legible, como se evidencia del siguiente pantallazo:

Carlos por su experiencia y trayectoria en el Banco debería ser un "Líder Positivo y Popular" pero al contrario es un funcionario que genera un ambiente laboral inadecuado entre sus compañeros, sin sentido de trabajo en equipo a pesar de ser el funcionario con más experiencia ocupando esa posición.

En reiteradas ocasiones he recibido llamadas de las oficinas quejándose por el trato irrespetuoso y sin sentido de colaboración hacia las mismas para resolver inquietudes acerca de los procesos de cartera.

Por lo anteriormente expuesto mi concepto sobre el desempeño del señor Carlos Luengas en la Gerencia no es favorable.

Agradezco que este tema sea tratado con toda la confidencialidad que amerita este tipo de situaciones.

Mi gracias.

De otro lado, tenemos que fue decretada y practicada la declaración del señor Juan Carlos Silva Aguilera, quien dijo ser Director de Casa Matriz y estar vinculado con el banco demandado desde el año 2001, a través de contrato de prestación de servicios y vinculado con contrato de trabajo a partir del mes de mayo de 2014, y a quien le consta que para la fecha en la que se presentan presuntamente los actos de acoso laboral, esto es para el año 2019, el demandante se encontraba el área de cartera, siendo subordinado de la aquí demandada, Matilde Jaimes Villamizar.

Ilustra el testigo que, la Gerencia de Cartera estaba conformada por el Gerente y los directores, siendo uno de ellos la señora Jaimes Villamizar; por lo tanto, el señor Luengas pertenecía a esta dependencia como analista técnico, encontrándose dentro de sus funciones la de brindar soporte a las necesidades de los usuarios y oficina del banco, en lo relacionado con el mantenimiento de las obligaciones en el aplicativo de cartera.

De igual forma, señala el deponente que en esta dirección se encontraban vinculadas aproximadamente 20 personas, de los cuales 6 o 7 eran soporte de cartera o que es lo mismo, analistas técnicos.

A su vez indicó que, la señora Matilde Jaimes Villamizar fue designada como Directora en el Área donde trabajaba el accionante, para el año 2015. También relata el declarante que para el año 2018, se hizo una migración de información a un aplicativo de cartera corporativo, el cual se hizo bajo el liderazgo técnico de este testigo, y en función de ello se realizaron tareas de validación, conciliación contable, entre otros, labores que fueron apoyadas por soporte técnico bajo el liderazgo de la codemandada Jaimes Villamizar. Por esta razón, el accionante tenía a su cargo funciones derivadas de ese nuevo aplicativo. También informa el deponente que, durante el proceso de migración, fue surtido un proceso de pruebas, en donde se definieron estrategias para la realización de esta actividad, con la finalidad de minimizar el impacto del traslado de la información y en caso que fueran presentada inconsistencia los analistas técnicos o los soportes, se encargaban de modificar los parámetros, se realizaban ajustes a los créditos administrados por el banco y en general, todas las actividades de la operación de crédito que se administraba en este aplicativo de cartera, tales como el cambio de tasa, condiciones, prórrogas, ajuste de inconsistencia en la contabilidad, aplicación de pagos, ente otras. Aclarando en todo caso el testigo que, esta no era una función exclusiva del señor Carlos Alberto Luengas Pulido, pues estas actividades también eran ejecutadas por los otros 6 soportes o analistas que hacían parte de la dirección que regentaba Matilde Jaimes Villamizar, como directa de la dependencia de Cartera Corporativa.

Reseña igualmente que, el incumplimiento o la omisión de estas funciones traía consigo el descuadre de la contabilidad del banco, para el cliente se generaba un reporte en centrales de riesgo, en caso de no ser aplicado un pago en debida forma. De igual forma, sostuvo el deponente que este proceso duro un promedio de 8 meses y en efecto, requirió de la inversión de tiempo de trabajo para adelantar dicho proyecto, por parte de todos los que en él intervinieron. Finalmente, manifestó que no le consta que la señora Matilde Jaimes Villamizar haya desplegado conductas de acoso laboral en contra del señor Carlos Alberto Luengas Pulido, ni en contra de su equipo de trabajo.

También fue escuchada la declaración del testigo Ramiro Leal Barón, Vicepresidente de la seccional Bogotá del sindicato Unión Nacional de Empleados Bancarios “UNEB”, y quien estuvo presente al momento de la presentación de descargos del demandante, conforme se advierte del acta de fecha 18 de julio de 2019. A pesar de ello, desconoce las labores desarrolladas por el convocante a juicio, pues no fueron compañeros de trabajo y tampoco

compartieron espacios laborales. Por lo tanto, sus declaraciones en lo que al punto objeto de estudio se refiere, no ofrece ningún elemento de convicción.

A su vez, fue escuchada la declaración del señor Sady Bustos Manrique, miembro activo de sindicato Unión Nacional de Empleados Bancarios “UNEB”, y quien estuvo presente al momento de la presentación de descargos del demandante, conforme se advierte del acta de fecha 18 de julio de 2019. Señaló que, fueron compañeros de trabajo con el actor; sin embargo, sostuvo que tan solo conoció a la señora Matilde Jaimes Villamizar, una semana antes de que el señor Luengas fuera llamado a descargos. Al igual que el anterior declarante desconoce las labores desarrollada por accionante; pese a ello, sí señala que él fue llamado a descargos por no hacer caso a su jefe y tener comportamientos desobedientes con sus funciones, aclarando que al momento de la diligencia no fueron puestas en conocimiento de las partes pruebas que reflejan dichas conductas.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, se tiene suficientemente acreditado que existió mérito para que el señor Carlos Alberto Luengas Pulido fuera llamado a rendir descargos por parte de su empleador, como quiera que frente a él, había sido presentada queja por parte de sus compañeros de trabajo respecto al trato que tenía con la Directora del Área, aunado a ello, se jefe inmediata Matilde Jaimes Villamizar, hoy demandada, elevó reporte ante Talento Humano, dejando en evidencia varias inconsistencias en la prestación del servicio.

Si bien, esta última acusación la justifica el accionante en la excesiva carga laboral, se debe acotar que la declaración del testigo Juan Carlos Silva Aguilera, da cuenta que, a diferencia de lo sostenido por el actor, en el área de cartera del Banco Popular S.A., existían 6 o 7 soportes de cartera o analistas técnicos, quienes tenían la misma carga laboral y distribución de funciones y quienes fueron los encargados de brindar apoyo y soporte para la época en que se desarrolló la migración de datos a la plataforma de créditos, por tanto, no resulta ser cierto que el actor se le haya dado un trato diferenciado o inequitativo.

Ahora bien, el hecho que sus pares no hayan sido llamados a rendir descargos, no quiere decir, en lo más mínimo, que frente al señor Carlos Alberto Luengas Pulido se haya emprendido una persecución laboral, simplemente porque en el presente juicio no obra prueba alguna que demuestre que los demás integrantes del área de cartera hubiesen incurrido en conductas disciplinables por parte su empleador, relacionadas con el incumplimiento o inobservancia del régimen de deberes, obligaciones y prohibiciones, contemplados en los contratos de trabajo, reglamento interno de trabajo, códigos de ética, o cualquier otro precepto normativo que regulen su actividad laboral como empleado de la entidad financiera.

Adicionalmente, conforme lo dispuesto en los literales b), d), e), h), i) del artículo 8 de la Ley 1010 de 2006, los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria, solicitar

exigencias de mejoras en la eficiencia laboral, o cumplimientos de deberes extras de colaboración con la empresa o la institución, necesarios para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles en la operación de la empresa, la exigencia del cumplimiento de las obligaciones o deberes de que tratan los artículos 55 á 57 del C.S.T, así como de no incurrir en las prohibiciones de que tratan los artículo 59 y 60 del mismo Código, o de los reglamentos y clausulas de los contratos de trabajo, no constituyen a lo absoluto, conductas o actos de acoso laboral, bajo ninguna modalidad.

Entonces, el ejercicio de la acción disciplinaria que fue desplazada en contra del señor Carlos Alberto Luengas Pulido, bajo ninguna óptica puede ser catalogada como una conducta de acoso laboral, tendiente a generar los efectos descritos en el artículo 2 de la Ley 1010 de 2006, es decir, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo.

De otro lado, y con la finalidad de atender uno de los puntos objeto de censura planteado en contra de la sentencia de primer grado, se debe hacer hincapié que, contrario a lo sostenido por apoderado recurrente, el deponente Juan Carlos Silva Aguilera, jamás reseñó que el señor Luengas haya sido uno de los mejores trabajadores, si bien, exaltó su labor dentro del proceso de migración de datos al nuevo aplicativo de crédito implementado por el banco, ello no es óbice para la entidad financiera demandada en ejercicio del poder subordinante, presente en los contratos de trabajo, exigiera el cumplimiento de las labores para las cuales fue contratado y adelantara los requerimientos o procesos disciplinarios tendientes a corregir las conductas objeto de reproche por la inobservancia de los deberes, obligaciones y prohibiciones, señalados en el acta de descargo, al que tantas veces se ha hecho mención.

Por otro lado, en lo que hace referencia a los presuntos malos tratos de los que fue objeto Carlos Alberto Luengas Pulido por parte de su jefe Matilde Jaimes Villamizar, es necesario advertir por parte de la Sala, que este asunto no fue objeto de debate dentro del presente juicio, y adoptar una decisión al respecto sin que se haya surtido el derecho de defensa y contradicción, vulnera a todas luces el principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión expresa del canon 145 del CPTSS, disposición que reza: *«La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley»*. En esa medida, al no haber incluido este hecho como constitutivo de acoso laboral en el escrito genitor, no puede esta Corporación ahora hacer un estudio de fondo sobre la misma, por cuanto con ello vulneraría el derecho debido proceso y derecho de contradicción que le asiste al extremo pasivo de esta acción. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2172-2022, sostuvo:

Ahora bien, **el principio procesal de congruencia tiene fundamento en lo dispuesto en el artículo 281 del CGP, aplicable a los litigios del trabajo por autorización expresa del precepto 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y tiene que ver con que el juez tiene la obligación de adecuarse a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes** (CSJ SL3443-2021, CSJ SL440-2021). (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

El precedente de la Corporación (CSJ SL2604-2021, CSJ SL440-2021) además ha sido muy claro en que:

Dichas actuaciones limitan la autonomía judicial del juez, quien debe obrar dentro de ese marco trazado por las partes, dado que es lo que edifica la relación jurídica sustancial y procesal de estas en el espacio jurisdiccional. (Negrillas fuera del texto original).

Ahora, ello no es obstáculo para que el juez, eventualmente pueda interpretar la demanda. De hecho, la Corte ha señalado que «constituye su deber dado que está en la obligación de referirse “a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales” (art. 55, L. 270/1996), de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento» (CSJ SL2808-2018).

[...]

Así, **la Corte tiene adoctrinado que las anteriores directrices procesales hacen parte de la denominada congruencia externa del fallo, según la cual «toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia»** (CSJ SL2808-2018). (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

[...]

En este orden, se tiene que la conducta de acoso laboral objeto de análisis, solo fue introducida por la parte actora en el recurso de alzada, de tal suerte que la misma resulta ajena a la controversia inicial, lo cual, conforme a la jurisprudencia en cita, vulnera el principio de congruencia.

A pesar de ello, se tiene que el Juez de instancia, pese a advertir esta circunstancia, efectuó pronunciamiento al respecto y sus consideraciones fueron objeto de reparo por el apelante, si bien, este tema no podría ser abordado conforme lo antes expuesto, lo cierto es que su análisis no modifica en nada la decisión adoptada por el juzgador de instancia, por ello y en gracia de discusión se realizaran las siguientes consideraciones:

De las pruebas arrimadas al informativo, se no puede inferir que el señor Carlos Alberto Luengas Pulido, haya sido objeto de expresiones groseras, degradantes, injuriosas o ultrajantes por parte de la señora Matilde Jaimes Villamizar, pues a pesar que el testigo Ramiro Leal Barón señala que esta demandada solía referirse a los funcionarios antiguos con la siguiente frase: «los compañeros activos que llevan bastante tiempo en el banco ya tienen arrugado el cerebro y no pueden pensar», lo cierto es que, él tiene conocimiento de este hecho

porque el demandante le comentó, más no porque efectivamente haya presenciado o escuchado directamente tal afirmación de la señor Jaimes. Aunado lo anterior, nótese que deponente categóricamente indicó que tan solo conoció a la señora Matilde Jaimes Villamizar el día en que se desarrolló la diligencia de descargo llevada a cabo el día 18 de julio de 2019, por tal razón, es claro que no le constan los hechos objeto de estudio y en efecto el declarante resulta ser un testigo de oídas. Aunado con lo anterior, se advierte que aquella expresión no fue dirigida directamente al demandante.

Ahora, en cuanto a la declaración de Sady Bustos Manrique, él señaló que conoció a Matilde Jaimes Villamizar una semana antes que se realizara la diligencia de descargos, pues el como miembro del sindicato UNEB, se acercó a su oficina con la finalidad que cesara las conductas de acoso laboral en contra de Carlos Alberto Luengas Pulido. Manifestó que, en dicha reunión, ella corroboró que sí desplegaba conductas de acoso laboral, porque indicaba que el demandante *«ya tenía el cerebro bastante arrugado, que estaba viejo y que para esta administración las personas así ya no le servían»*, expresión que fue puesta en conocimiento del banco al momento de la realización de la diligencia adelantada el 18 de julio de 2019, a pesar de ello, no se dejó constancia alguna de estas circunstancias.

Así mismo, este hecho tampoco se encuentra soportado con otro medio de prueba que le permita darle plena validez a esta afirmación, más aún cuando esta expresión no fue publica, sino producto de una conversación de carácter privado, recordando que, en voces del artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, para que se presuma la existencia de actos de acoso laboral, los mismos deben ser reiterados y públicos.

Si bien, el penúltimo inciso del artículo en cita, establece que *«Excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral»*, este debe ser de tal magnitud que por sí solo tenga la capacidad de socavar derechos fundamentales, premisa que no aparece configura en curso del proceso, pues, no se encuentra probado que en efecto Carlos Alberto Luengas Pulido haya sido blanco de expresiones denigrantes por parte de su jefe inmediata.

Por todo lo anterior la Sala concluye, que no se encuentra demostrada la existencia de las conductas constitutivas de acoso laboral, por ello, se deberá confirmar íntegramente la sentencia apelada.

COSTAS

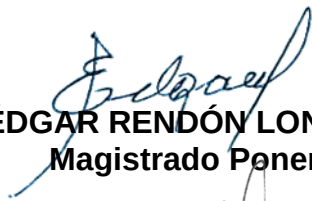
Costas en esta instancia a cargo de la demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

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: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de agosto de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

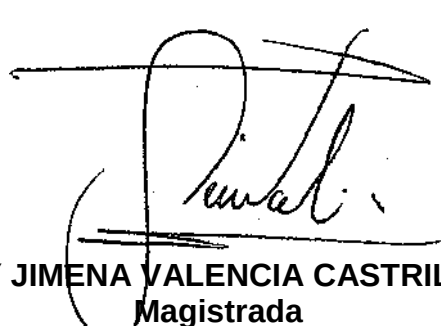
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Carlos Alberto Luengas Pulido. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$580.000.

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	110013105034201900677-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JOSÉ DEL CARMEN ORTIZ RANGEL
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
VINCULADA	ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo 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 DEL CARMEN ORTIZ RANGEL** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir, por omisión al deber de información; en consecuencia, se condene a esta a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación al RAIS más los rendimientos financieros y las cuotas de administración; se **ordene** a Colpensiones tenerlo como afiliado del RPM, y actualizar su historia laboral; se **condene** a Porvenir al pago de los perjuicios morales a él ocasionados; y se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y a las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria pretende se declare la inoperancia de los efectos del traslado del RPM al RAIS, que es beneficiario de la pensión de vejez de que trata el

artículo 33 de la Ley 100 de 1993 desde el 16 de julio de 2019, y se ordene a Colpensiones pagar el retroactivo pensional de manera indexada.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 2-7 archivo 01.1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 16 de julio de 1957; que estuvo afiliado al RPM, pero el 8 de enero de 1997, firmó formulario de traslado al RAIS con la AFP Porvenir el cual se hizo efectivo a partir del 1º de marzo de igual año, que su consentimiento para dicho cambio no fue informado; que no fue asesorado de manera transparente, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias entre un régimen y otro, ni de las prestaciones económicas de estos junto con los beneficios, riesgos, ventajas y desventajas lo que era vital para poder tomar una decisión consiente; que tampoco lo asesoró sobre que régimen le convenía más, ni tuvo en cuenta su situación particular para ello; que no le explicaron cuanto debía ser el capital acumulado para poder adquirir la pensión de vejez y mantener su mínimo vital ni como se financiaba la misma y menos como se liquidaba y los factores a tener en cuenta que en ella finalmente incidirían, ni que de su cuenta se debitaría todos los meses un porcentaje para gastos de administración y pago de seguros, ni sobre el derecho de retracto, ni sobre el bono pensional, su redención o negociación, que tampoco le realizaron proyecciones pensionales de los dos regímenes.

Narró que, en mayo de 2019, solicitó ante Colpensiones y la AFP Porvenir el traslado del RAIS al RPM, pero que ambas entidades negaron lo petitionado; que de haber permanecido en el RPM ya estaría pensionado pues tiene más de 62 años de edad y más de 1.300 semanas cotizadas al sistema general de pensiones; que las demandadas con su actuar le causaron perjuicios en su situación pensional, porque aún no goza de una pensión, pudiendo estarlo si no se hubiese pasado al RAIS.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 05 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Aclaró que, el demandante estuvo afiliado al RPM con la Caja de Previsión Departamental de Norte de Santander administrada hoy en día por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

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

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 2 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, indicó que no le constaba ninguno por corresponder a situaciones privadas del demandante, que esa entidad no tuvo la oportunidad de conocer. Aclaró que, el actor conforme el certificado SIAFP se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección, y que en la actualidad si es su afiliado.

Sostuvo que, cumplió con el deber de información que le era oponible al momento del traslado horizontal, a través de una asesoría profesional y completa, en la que lo ilustró de forma clara, veraz y provista de elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión consiente, tal como lo disponía el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993; que en dicha 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 RAIS era completamente voluntaria; que entre los beneficios que más se destacaban de este se encontraban que en caso de que el afiliado muera y no cumpla con el capital para pensionarse, sus herederos podrán disponer de ese capital; 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; 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. Igualmente, se le explicaron las características del Régimen de Prima Media, y la forma de acceder a las prestaciones correspondientes.

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.

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, remitió el proceso al Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá D.C., en virtud del acuerdo PCSJA21-11766 del 15 de octubre de 2021, quien mediante auto del 18 de noviembre de 2021, ordenó INTEGRAR como litis consorte necesario a la AFP PROTECCIÓN S.A., la cual una vez notificada contestó (archivo 04 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente la fecha de nacimiento del demandante; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos.

Aclaró que, esa AFP brindó una asesoría completa y comprensible al promotor del litigio al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y a las exigencias existentes para ese momento. Que siempre se ha caracterizado por capacitar a sus asesores de la mejor manera para que puedan brindar una asesoría clara, completa, integral, pero sobre todo profesional respecto al RAIS y sus efectos.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 2 de marzo de 2022 avoco conocimiento del proceso nuevamente, y mediante sentencia del 2 de junio de 2022 (archivo 21 exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante JOSÉ DEL CARMEN ORTIZ RANGEL, el 6 de marzo de 1995, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías DAVIVIR S.A. hoy SOCIEDAD AFP PROTECCIÓN S.A. y los consecuentes traslados horizontales efectuados ante la SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante JOSÉ DEL CARMEN ORTIZ RANGEL, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus

frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, SIN LUGAR a descontar valores por concepto de administración.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, con motivo de la afiliación de JOSE DEL CARMEN ORTIZ RANGEL, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de las demandadas SOCIEDAD AFP PROTECCIÓN S.A. y a la SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A., liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1SMLMV a cada una de ellas por concepto de agencias en derecho.

(...)

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que las administradoras de fondos de pensiones, deben garantizar que al momento del traslado de régimen pensional existió una decisión informada, y que ésta, fue la que determinó que el afiliado de manera autónoma, libre, voluntaria y consciente decidiera pertenecer a un determinado régimen, tal como lo disponía el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; además, que tal información debía ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debía conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, citó en extenso las sentencias CSJ SL4964-2018.

Señaló, que existían unos deberes y obligaciones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destacaba: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) 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; (iii) 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, y 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, y aún a llegar, si ese fuere

el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL17595-2017).

Expuso, que era a las AFP a quienes les correspondía demostrar que al momento del traslado brindó la información en los términos señalados y, por ende, debían proveer a los jueces de todos los medios de prueba suficientes, que permitieran concluir, que, al momento del traslado, el afiliado contaba con todos los elementos de juicio suficientes para efectuar su afiliación o traslado, de manera libre y voluntaria.

Agregó, que desde el nacimiento de las AFP estas tenían la obligación de dar una información completa, oportuna y verídica conforme el numeral 1° del artículo 97 de la Ley 663 de 1993 (citó en extenso la CSJ SL1688-2019).

Sostuvo, que la obligación del deber de información de las AFP debía cumplirse y por ende verificarse sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, porque la violación a este se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019).

Indicó, que en este caso se encontraba probado que el actor el 6 de marzo de 1995 se vinculó al RAIS a través de la AFP Davivir hoy Protección, que con el fin de demostrar la libertad informada solo se allegó el formulario de afiliación, el cual carecía absolutamente de elementos de los que se pudiese observar que al demandante se le ilustró acerca de las condiciones precisas por medio de las cuales entraría a ser parte del régimen de ahorro individual, pues de este, solamente se extraía datos de índole personal y laboral que no representaba el carácter circunspecto que debía comportar el traslado de régimen pensional.

Manifestó, que en este caso ni la AFP Davivir hoy Protección ni ninguna de las demandadas presentaron pruebas de haber cumplido con la obligación que le imponía los incisos 5 y 6 del artículo 15 del decreto 656 de 1994, esto es, la de entregar al afiliado en el momento de su vinculación el texto del reglamento del funcionamiento de la entidad y el plan de pensión; que del interrogatorio de parte rendido por el actor, este manifestó que para ese momento estaba trabajando para la Contraloría Departamental de Norte de Santander y que fueron convocado por el tesorero pagador de la entidad a una reunión para presentar al asesor de la AFP, quien indicó que el ISS se iba a acabar y que la solución a esa problemática era acogerse a un fondo privado; que en las noticias se hablaba que los fondos públicos estaban afrontando una crisis que

los llevaría a la quiebra, que en ese momento aportaba a través de la Caja Departamental de Norte de Santander, que a la reunión asistieron 12 personas y que esta duró 8 o 10 minutos; que allí les entregaron un lapicero para suscribir el formulario el cual el no leyó pero sí lo firmó, porque la asesora les dijo que la pensión se reconocería con el último salario devengado; que esa prestación era heredable y que podía solicitarla a cualquier edad.

Concluyó que, las AFPs demandadas omitieron suministrar información suficiente al actor para que él tomara una decisión de traslado de régimen pensional de manera consiente respecto de las consecuencias jurídicas que este le implicaría. Además, que había quedado probado que al promotor del litigio de forma irresponsable no le hicieron una proyección respecto a su expectativa pensional, lo que ahora lleva a concluir que el actuar de las AFP Davivir hoy Protección no fue diligente, resultando engañoso y desprovisto de buena fe, el adelantar una tarea de tan pronunciada responsabilidad en las condiciones precarias en las que quedó establecido en el debate probatorio. Por ende, declaró ineficaz el traslado al RAIS efectuado a través de la AFP Davivir hoy Protección el 6 de marzo de 1995, quedando sin efecto el traslado realizado con posterioridad a la AFP Porvenir, y aclarando que era Colpensiones como única entidad administradora del RPM quien debía recibirlo junto con sus aportes.

Finalmente, indicó que absolvería a las demandadas de los perjuicios morales reclamados porque estos no se probaron, y de las pretensiones subsidiarias porque las principales habían prosperado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que lo que buscan estos procesos es que las cosas vuelvan a su estado inicial, y siendo así, el actor nunca estuvo afiliado al ISS ni a Colpensiones, pues estuvo en el RPM pero a través de cajas de previsión social, siendo esa entidad un tercero de buena fe.

Indicó que, el traslado al RAIS era válido y produjo efectos jurídicos al punto que el actor desde 1995 realizó sus aportes en ese régimen, y así mismo se acogió a ese sistema adquiriendo obligaciones, por lo que no era posible que lo retornaran a Colpensiones. Solicitó que se diera aplicación a las sentencias CSJ SL4934-2020, y CSJ SL1061-2021 emitidas por la magistrada Ana María Muñoz.

La **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que cumplió con el deber de información que le era oponible para la data de la vinculación con ese fondo, que el actor recibió información clara, veraz y oportuna con elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión lo más informada posible de acuerdo con lo establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

Indicó que, la obligación de explicar a sus afiliados las consecuencias del traslado de régimen nació con el Decreto 2071 de 2015, entonces no se le podía exigir a esa AFP que para la data de su vinculación 1997 se le ilustrara al afiliado de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

Sostuvo que, se apartaba de la condena a devolver los gastos de administración, ya que, los efectos jurídicos de la ineficacia era que el negocio jurídico nunca se celebró, es decir, que los rendimientos nunca existieron, pero como quiera que se estaba ordenando la devolución de ese concepto no habría lugar a reintegrar también los gastos de administración; que los rendimientos son exclusivos del RAIS, lo que beneficia al actor porque en el RPM estos no se causan y a Colpensiones quien finalmente es quien recibe el dinero.

Expuso que, los gastos de administración se descontaban por ministerio de la ley, y porque tienen como fin remunerar a las AFP por la gestión que realizan con el capital de sus afiliados que es lo que finalmente genera los rendimientos financieros, y admitir que se deben entregar a Colpensiones se estaría avalando un enriquecimiento sin causa en favor de esta última. Agregó que lo pagado por seguros previsionales se encontraba en poder de la aseguradora por lo que no era posible reintegrárselos a Colpensiones, máxime que el demandante durante su vinculación con Porvenir estuvo cubierto por los riesgos de invalidez y muerte, tal como lo establecía la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última 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 Davivir hoy Protección y posteriormente a otra AFP, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor JOSÉ DEL CARMEN ORTIZ RANGEL nació el 16 de julio de 1957; *ii)* que según la historia laboral válida para bono pensional este se vinculó al RPM desde el 1° de noviembre de 1983, hasta el 30 de junio de 1995, a través de la Contraloría General del Departamento de Norte de Santander, la Contraloría Municipal de Cúcuta, y la Asamblea Departamental de Norte de Santander (f.° 93-94 archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital); *iii)* que el **6 de marzo de 1995**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Davivir hoy Protección el cual se hizo efectivo a partir del 1° de abril de igual año (f.° 34-36 archivo 4 carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iv)* que el 08 de enero de 1997, se vinculó con la AFP Porvenir y allí permanece en la actualidad (f.° 69 y 95 archivo 2 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 –**6 de marzo 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 Davivir hoy Protección que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **6 de marzo 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.

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 Protección a Porvenir, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

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 como se avaló en las sentencias CSJ SL4934-2020, y CSJ SL1061-2021 emitidas por la Sala de Descongestión de esa Corporación y citada por la apoderada de Colpensiones, 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. (Negrillas fuera del texto original).

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.

Adicionalmente, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL5655-2021, en la cual se definió que, una vez declarada la ineficacia, procedía el regreso de los afiliados de Cajanal, lo cual es aplicable a las otras cajas de previsión social, al régimen de prima media, hoy administrado por Colpensiones. Allí se indicó:

(...) 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 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 adicionar y modificar la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN y a la AFP PORVENIR S.A., el traslado 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 del 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 adelante.

COSTAS

Sin Costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **ORDENAR:**

- A la **SOCIEDAD MINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, esto es, entre el 1° de abril de 1995 y el 28 de febrero de 1997. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle

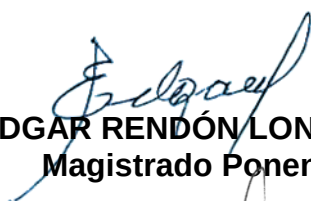
pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

- A la **SOCIEDAD MINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.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 marzo de 1997, y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima 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 el 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: 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	110013105036201600576-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MYRIAM MUÑOZ ÁLVAREZ
DEMANDANDO	FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ (propietario del INSTITUTO EDUCACIÓN Y VIDA)

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora MYRIAM MUÑOZ ÁLVAREZ se condene a la Fraternidad Misionera de la Cruz en calidad de propietaria del Instituto Educación y Vida al pago de: i) las cesantías e intereses sobre las mismas desde el 15 de julio de 1991 hasta el 5 de junio de 2015; ii) la prima de servicios correspondiente entre el 1° de enero y el 5 de junio de 2015; iii) las vacaciones de los años 2012, 2013, 2014 y 2015; iv) la indemnización por despido sin justa causa; v) los aportes a pensión hasta cuando el fondo de pensiones le empiece a pagar la pensión; vi) de la reserva actuarial correspondiente a los aportes dejados de realizar conforme lo verdaderamente devengado por todo el tiempo laborado junto con los intereses de mora; vii) la sanción por no consignación al fondo de cesantías por todo el tiempo laborado; viii) la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST; ix) horas extras trabajadas durante los periodos comprendidos entre el 15 de julio de 1991 y el 31 de mayo de 2015; x) la indexación sobre las vacaciones y la indemnización por despido; y xi) los salarios del mes de abril, mayo y junio de 2015. Igualmente se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas, gastos y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 4-12 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital), señaló que ingresó a laborar para el Instituto Educación y Vida el 15 de julio de 1991; que el 5 de junio de 2015, fue despedida sin justa causa, que el contrato fue verbal para desempeñar el cargo de rectora; que el horario laboral era de lunes a viernes de 6:00 AM a 5:00 PM, y sábados de 8:00 AM a 1:00 PM; que en el mes de enero de 2015, la directora y representante legal de la Fraternidad Misionera de la Cruz señora Hendrika María Meulenbroek le incrementó el salario mensual a \$6.000.000, afirmando que esto obedecía a un reconocimiento a su trabajo por más de 23 años ininterrumpido como Rectora y al posicionamiento del colegio como una institución de alto nivel; que en el mes de febrero de 2015, la referida Directora falleció y en su reemplazo se nombró a Lourdes Helena Zambrano, quien en abril de 2015, en reunión con los profesores y sin previo aviso la relevó de su cargo de Rectora y nombró a María Helena Giraldo Montoya; que el 30 de abril de igual año, la señora Zambrano mediante comunicación escrita le informa que su contrato laboral seguiría vigente hasta tanto rindiera los informes y se le asignaran nuevas funciones.

Expuso que, el 25 de mayo de esa anualidad radicó derecho de petición vía correo electrónico al Instituto Educación y Vida, con copia al Ministerio de trabajo y a la Personería de Bogotá, con el fin de que le explicaran por qué la estaban acosando laboralmente, por cuanto de forma unilateral la habían removido de su cargo, y por qué le estaban dañando su imagen ante la comunidad educativa; que era sometida a acoso laboral continuo, pues le prohibían entrar a las oficinas, dieron la orden de no suministrarle archivos o documentos que ella necesitaba para poder entregar el cargo y hacer el empalmen, le quitaron el acceso a su computador y por ende a la información que guardaba en él, situación que se mantuvo hasta que le pasaron su carta de despido alegando como justa causa la indebida entrega del cargo.

Narró que, al momento del pago de su salario de abril de 2015, su empleador le exigió que firmara el comprobante de pago por \$4.000.000 cuando debía hacerse por \$6.000.000, situación que puso en conocimiento del Ministerio de Trabajo al igual que del acoso laboral del que era víctima, por lo que le realizaron el 4 de junio de 2015, ante el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá una consignación por una parte de su salario, pero no completo, pues le adeudan lo correspondiente a todo abril y mayo y 5 días de junio de 2015; que a la fecha no le han pagado las horas extras laboradas durante el lapso que duró el contrato debido a que conforme su horario laboral en la semana trabajaba 7 horas extras; ni la prima de servicios de junio de 2015, ni las vacaciones de 2012 a 2015.

Indicó que, por su edad y el tiempo laborado esta próxima a pensionarse; que jamás se le informaron las conductas por las cuales fue removida de su cargo ni fue llamada a descargos; y que ha recibido pagos parciales de sus cesantías e intereses, pero nunca se le han liquidado sobre el salario realmente devengado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La Fraternidad Misionera de la Cruz contestó (f.º 91-124 archivo 01, carpeta 1 inst, exp. digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó que la demandante era la rectora del Instituto Educación y Vida, pero desde el 1º de diciembre de 1995, bajo un contrato de trabajo a término indefinido, que antes tenía contrato a término fijo por un año y se desempeñaba como profesora, que el contrato finalizó con justa causa el 5 de junio de 2015, por incumplimiento de sus obligaciones laborales, que el 30 de abril de ese año, fue reemplazada por María Helena Giraldo en el cargo de rectora; que era cierto que se le había prohibido el acceso a cierta información que la nueva rectora estaba apoyada en la reserva legal, y en que se estaba adelantando una investigación administrativa por desórdenes en el Instituto Educación y Vida cuando la señora Muñoz era la rectora, por ende, se debía proteger la información para que no fuera manipulada por terceras personas.

Aclaró que, el horario de trabajo era de 48 horas a la semana y que al ser la demandante la Rectora era ella quien cuadraba sus horas de almuerzo y descanso, que el salario mensual era de \$5.016.000, pero la actora entre enero y abril de 2015, se había aumentado el salario con la intención de defraudar económicamente a esa entidad; que la señora Meulenbroek no estaba facultada para incrementar el salario de la demandante, pues ello correspondía al Consejo General de la Fraternidad Misionera de la Cruz; que la señora Zambrano ocupaba su cargo de Directora y representante legal de la demandada desde el 8 de octubre de 2014; que no ejercieron actos constitutivos de acoso laboral porque el hecho de removerla del cargo no implicaba que se estuviese dañando su imagen; que no adeuda salarios, ni horas extras máxime que ella era un empleada de dirección, confianza y manejo, como tampoco prestación alguna, porque estas fueron canceladas una vez fueron causadas y las otras mediante pago por consignación en el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá.

Formuló como excepción previa la de falta de capacidad legal del Instituto Educación y Vida, la cual se declaró no probada en audiencia

celebrada el 12 de marzo de 2019. Y de fondo las de, inexistencia e inexigibilidad de las obligaciones demandadas, inexistencia de la obligación de indemnizar por despido sin justa causa, buena fe y pago, prescripción y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de enero de 2022 (archivo 8, carpeta 1ª int. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre la señora MYRIAM MUÑOZ ÁLVAREZ y la FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ, entre el 15 de julio de 1991 al 5 de junio del 2015.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ, a pagar en favor de la demandante:

- 1. Por concepto de salario \$984.000, correspondiente al mes de abril de 2015, \$6.000.000 por salario de mayo de 2015 y \$1.000.000 correspondiente a los 5 días de junio de 2015.*
- 2. Cesantías \$437.599.*
- 3. Intereses de Cesantías \$23.323*
- 4. Prima de servicios: \$437.599*
- 5. Vacaciones desde 2012 a 2015 \$7.298.333*

Todas estas, debidamente indexadas a la data de su pago como se expuso en la parte motiva.

TERCERO: COSTAS, a cargo de la FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ, por secretaria líquidense por concepto de agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV.

CUARTO: ABSOLVER a la FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

La *a quo* indicó frente al cargo desempeñado por la actora que, si bien estaba demostrado que se había vinculado con la demandada el 15 de julio de 1991, de las pruebas obrantes en el expediente se evidenciaba que había desempeñado el cargo de Rectora desde el 1º de abril de 1995, y hasta el 30 de abril de 2015, esto conforme el contrato de trabajo a término indefinido, y a la comunicación donde fue relevada de su cargo.

Seguidamente señaló que, analizaría si el cargo de Rectora era de dirección, confianza y manejo y las consecuencias que ello implicaba. Después de leer textualmente el artículo 32 del CST, afirmó que conforme el artículo 162 del mismo código, los trabajadores que desempeñan cargos de dirección, confianza y manejo están excluidos de la regulación de la jornada máxima, y citó apartes de las sentencias CSJ SL1068-2021 y CSJ SL15507-2015.

Sostuvo que, era patente que la demandante como Rectora ejercía un cargo de dirección, confianza y manejo, por cuanto su naturaleza exigía de su parte un particular compromiso y total confianza en el trato de la información a la que tenía acceso y en la toma de las decisiones de la institución, lo que implicaba además un grado de responsabilidad jerárquica sobre los asuntos directivos, financieros y administrativos del colegio, así como del personal, quienes la reconocían como jefe y, en consecuencia, no tenía derecho al pago de trabajo suplementario por horas extras; que si en gracia de discusión no se tuviese el contrato de trabajo como de esa naturaleza, en el proceso no se había probado el trabajo suplementario ejecutado -días y horas exactas-. Por ende, afirmó que absolvería de esta pretensión, así como de la reliquidación de prestaciones que se fundaba en este mismo asunto.

Respecto del salario reclamado entre abril de 2015, y el 5 de junio de igual año, señaló que a la actora se le había realizado un pago por consignación el 27 de mayo de 2015, ante el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, y allí se dejó constancia de que el salario de la demandante para el año 2014 fue de 4.800.000 y que para el año 2015 era de \$5.016.000 menos el descuento de salud y pensión, quedando un excedente de \$4.615.000; no obstante, sostuvo que de las pruebas obrantes en el expediente era patente que la señora Hendrika María Meulenbroek era la Directora del Instituto Educación y Vida, era miembro activo de la Fraternidad Misionera de la Cruz, y quien se encargaba de establecer el salario para el personal administrativo en Bogotá, y fue ella precisamente quien autorizó el incremento del salario de la actora a \$6.000.000.

Además, refirió que resultaba incongruente que la demandada afirmara que el salario de la actora para 2015, era de \$5.016.000, cuando sus aportes a Colpensiones, a Cruz Blanca EPS, y a CONFACUNDI entre febrero y julio de 2015, se reportaron sobre un IBC de \$6.000.000, por ende, tendría como salario para el año 2015, esta última suma. En consecuencia, señaló que como el pago por consignación para el mes de abril de 2015, se había realizado sobre un salario de \$5.016.000, ordenaría pagar la diferencia correspondiente, esto es, la suma de \$984.000 para ese mes, que para mayo y los 5 días de junio de 2015, no existía soporte de pago de salario, por lo que se debía sufragar ese lapso, sobre \$6.000.000.

Acotó que, igualmente se ordenaría la reliquidación de las prestaciones sociales del año 2015, sobre dicho salario, pues si bien en el pago por consignación

se había pagado la liquidación definitiva del contrato, la misma se había realizado sobre un salario inferior al aquí declarado, procediendo a liquidarlas y a ordenar el pago de las diferencias conforme se evidencia en el resuelve de la providencia.

Sostuvo que, revisado los desprendibles de nómina se evidenciaba que la demandante no se le habían pagado vacaciones en los años 2012, 2013, 2014 ni proporcional del 2015, por lo que, las liquidaría conforme lo salarios allí reportados, así:

- año 2012: salario de 3.500.00, se ordena el pago de \$1.750.000.
- año 2013: salario de \$3.800.000, se ordena el pago de \$1.900.000.
- año 2014: salario de \$4.800.000, se ordena el pago de \$2.406.667.
- año 2015: del 01/01/2015 05/06/2015, salario de \$6.000.000, se ordena el pago de \$1.241.667.

La *A quo* al analizar la indemnización por despido injusto, leyó un aparte de la carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 04 de junio de 2015, emitida por la demandada.

Aclaró que, la Fraternidad Misionera de la Cruz es propietaria del Instituto de Educación y Vida, conforme la certificación proferida por la arquidiócesis de Manizales, en la cual se menciona que mediante acta de capítulo general aprobada el 16 de octubre de 2010, la señora Lourdes Elena Zambrano Castaño funge como representante legal de la Fraternidad; que en ese orden de ideas, era deber de la actora realizar los informes solicitados y entregar la información financiera y administrativa de la institución, aún más cuando esta era la única función que se le había asignado para el momento, sumado a que tampoco había entregado la clave del SOI, lo que generó al colegio una sanción por valor de \$130.000.000, y a los gastos médicos e incapacidades que esa institución debió asumir por el accidente laboral sufrido por un docente, porque este no se encontraba inscrito en el sistema de seguridad social, razones que encontró más que suficientes para dar por terminado el contrato con justa causa.

Sostuvo que, si en gracia de discusión ello no fuera suficiente, el testigo José Fernando Villamil contador de la sociedad había informado sobre sendas irregularidades en el manejo de la institución, como por ejemplo pago de seguridad social a la familia de la demandante, inconsistencias en las compras que se estaban realizando, y en los pagos a seguridad social lo que concordaba con lo plasmado en la carta de terminación del contrato de trabajo; sumado a que la actora ordenó al cuerpo docente desobedecer las órdenes dadas por el Consejo General según lo

afirmado por la testigo Rocío Herrera González. Por ende, advirtió que se encontraba probada la justa causa del despido.

En cuanto a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, manifestó que esta no procedía de forma automática, sino que debía evaluarse si el actuar de la parte demandada había estado revestido de buena fe. Agregó que, en este asunto la llamada a juicio había realizado un pago por consignación ante el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, de lo que concluía que, al existir controversia sobre el salario del año 2015, la actora no había recibido el pago de lo adeudado y por ello la demandada realizó la consignación del salario que consideraba deberle.

Sostuvo que, fue hasta este proceso que se dejó claro que el salario de la promotora del litigio era de \$6.000.000 y que este había sido autorizado por la señora Hendrika María Meulenbroek, pues la demandada a través de su Consejo no había autorizado el mismo, por lo que, para la juzgadora de instancia el actuar de la pasiva se encontraba revestido de buena fe, en tanto al no tener acceso a todos los documentos dado que se perdieron los de 15 o 20 años atrás, no pudo cumplir a cabalidad con sus obligaciones a la terminación del vínculo laboral. En consecuencia, absolvería del pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST.

Frente a la indemnización por no consignación de la cesantía establecida en el artículo 99 de la Ley 50 del 1990, sostuvo que esta no procedía porque el fondo de pensiones y cesantías Porvenir, certificó que el empleador había consignado las cesantías del año 2014, el 23 de enero de 2015, y la proporcional del año 2015 se pagó directamente a la trabajadora; que los salarios y prestaciones ordenados debían pagarse debidamente indexadas en aras de que no sufrieran depreciación de la moneda.

Finalmente, frente a la excepción de prescripción sostuvo que la relación laboral había finalizado el 05 de junio de 2015, por ende, la actora contaba con 3 años a partir de ese momento para reclamar sus acreencias laborales, y dado que radicó esta demanda el 11 de octubre de 2016, era patente que había interrumpido el término prescriptivo de los rubros ordenados, por ende, declarararía no probado este fenómeno.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación por considerar que se le estaban vulnerando sus derechos constitucionales, legales y laborales al absolverse a la demandada de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, ya que el empleador debía tener claro cuál era su salario en el año 2015, con independencia de si lo autorizó el Consejo General de la Fraternidad Misionera de la Cruz o la señora Hendrika María Meulenbroek, máxime que los aportes a seguridad social se realizaron desde febrero y hasta julio con un IBC de \$6.000.000.

Consideró que, fue desacertado establecer el salario mensual del año 2015, ordenar la reliquidación de las prestaciones y no acceder a la indemnización moratoria por el no pago oportuno y completo de esos conceptos; que no es posible que se le de mayor valor probatorio a lo indicado por la demandada, cuando ella siempre manifestó bajo el principio de la buena fe que su salario era de \$6.000.000, y finalmente así había quedado demostrado.

Sostuvo que, no era posible que se tuviese como un acto de buena fe de la pasiva, el hecho de haber consignado una parte del salario y de las prestaciones, porque este no se hizo completo pese a que conocía cual era en realidad su salario, actuando entonces de manera dolosa y de mala fe.

Estimó que, no existía justa causa para darle por terminado el contrato de trabajo, porque si bien le solicitaron unos informes que debía presentar en los 30 días siguientes, a ella la separaron definitivamente de toda la información que se le requería, ni siquiera le permitieron volver a tocar su computador de su oficina, viéndose imposibilitada a acceder a este y, por ende, a todo la información allí guardada, que era la que le estaban solicitando en los informes; que por ello quedó con las manos atadas y se vio avocada al incumplimiento pues era físicamente imposible recuperar los datos almacenados en esa computadora; que finalmente, cuanto tuvo acceso a la información la entregó y por ello le expidieron un paz y salvo con fecha posterior al despido.

Acotó que, no existe prueba de la sanción que presuntamente pagó la demandada en suma de \$130.000.000 ni quien fue la responsable de esa imposición; que tampoco se probó que supuestamente ella hubiese quemado documentos porque de ello nada se trajo al proceso ni de las supuestas denuncias penales por ese hecho, que la a quo baso su decisión en un decir, porque de nada de lo que se le imputa como justa causa existe prueba, y de lo que si se tenía certeza era de que en todos los años que estuvo como rectora de la institución logró

posicionarla como una de las mejores con altos resultados académicos. De igual forma, solicitó se revise las horas extras que se negaron.

La **demandada** también impetró recurso de alzada de manera parcial solo en lo que fue condenado, argumentando que desde diciembre de 2014, la señora Hendrika María Meulenbroek estaba enferma al punto que en enero de 2015, fue hospitalizada y posteriormente falleció, dejando un vacío, pues ella no tenía facultades ni físicas y ni mentales para tomar ninguna clase de decisiones, puntualmente de aumento salarial; que de la prueba testimonial se podía concluir que solamente el Consejo General de la Fraternidad Misionera de la Cruz era el facultado para tomar esa clase de decisiones.

Insistió en que, fue la demandante quien unilateralmente decidió incrementar su salario a \$6.000.000 por lo que solicita se revise puntualmente este asunto, ya que el salario de la actora para el año 2015 era \$5.016.000 y sobre esa suma se pagaron los salarios y las prestaciones sociales, y que si bien los pagos de la seguridad social se hicieron con un IBC de \$6.000.000, lo cierto era que la promotora del litigio tenía potestad para diligenciar ciertos documentos y ella también realizó pagos, pues ella tenía la clave de acceso.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por la parte demandante y la accionada.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, de un lado, el monto del salario de la demandante para el año 2015, y solo en caso de ser inferior a \$6.000.000 verificar las condenas impuestas a la parte demandada por concepto de diferencias en salarios, cesantías e intereses a estas, prima de servicios y vacaciones; y de otro lado, establecer si hay lugar al pago de horas extras y a las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del CST.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 15 de julio de 1991 y el 5 de junio de 2015; **ii)** que el último cargo

desempeñado por la actora fue el de Rectora del Instituto de Educación y Vida, el cual pertenece a la Fraternidad Misionera de la Cruz, esto hasta el 30 de abril de 2015; y *iii)* que entre el 1° de mayo y el 5 de junio de 2015 no tuvo cargo a desempeñar.

Por razones de practicidad de manera previa a analizar los problemas jurídicos planteados, se resumirá lo manifestado en los interrogatorios de parte y por los testigos, así:

Interrogatorio de parte a la demandante señora MYRIAM MUÑOZ ÁLVAREZ. Indicó que fue contratada en 1991, como docente y rectora; que su horario era de 6 am a 5 pm, pero que este nunca se cumplió porque debía seguir trabajando para poder cumplir con toda la labor académica, que desde 1984, cuando se fundó el Colegio en Bogotá, ella viajó desde Manizales a trabajar allí y el padre fundador de la Fraternidad junto con la señora Meulenbroek le asignaron un habitación para que viviera dentro del Colegio; que ella organizaba su labor como Rectora; que no tenía autorización escrita para laborar horas extras y que tampoco se las reportó a la Fraternidad porque la señora Meulenbroek quien era su jefe, estaba allí con ella verificando todo directamente; que no estaba facultada ni era de sus funciones fijar o aumentar salarios del Colegio; que no era cierto que ella se hubiese incrementado para el año 2015, a mutuo propio su salario; que en el año 2015, para los meses abril a junio no le pagaron salarios ni liquidación de contrato. Manifestó que cada año quien establecía los incrementos salariales para el Instituto Educación y Vida era la señora Meulenbroek quien lo informaba directamente al contador del colegio, y que ello también fue así para el año 2015.

Interrogatorio de parte a la representante legal de la demandada señora Lourdes Helena Zambrano Castaño. Señaló que según los documentos la demandante devengaba \$6.000.000, pero ese rubro no estaba autorizado por el Consejo General de la Fraternidad quien era el órgano encargado de aprobar el incremento en los salarios y tampoco tenía conocimiento de ello; que si bien existía el citado Consejo era difícil acceder a las decisiones y a las cuentas del Instituto Educación y Vida por lo que representaba la señora Meulenbroek; que al fallecimiento de esta última persona más o menos en febrero de 2015, se solicitó una reunión con la Rectora y la misionera Ana Muñoz, pero que no fue posible, por lo que el Consejo en Pleno en el mes de abril de igual año, se trasladó de Manizales a Bogotá a verificar las condiciones en las que estaba el Instituto Educación y Vida; que solicitaron información en el área administrativa, contable, pastoral, académica y rectoría, y nadie les daba información, entonces empezaron a requerir; que en ese

mes tuvieron que hacer la nómina manualmente porque nadie respondía, ni siquiera el contador del Colegio.

Sostuvo que, la demandante tenía las claves de los pagos del SOI; que cuando el Consejo las obtuvo ya se había pasado la fecha de pago de la seguridad social y tuvieron que incurrir en una sanción; que los aportes de la demandante entre abril y junio de 2015, los hizo el departamento contable de la Fraternidad. Explicó que la señora Meulenbroek desde que inició el colegio y hasta su fallecimiento, era misionera en Bogotá y estaba al frente del Instituto Educación y Vida, era quien en compañía de la Rectora y la señora Ana Muñoz tomaban las decisiones de a quien se contrataba y todo su manejo; que la Fraternidad confiaba en que ellas estaban haciendo las cosas bien; que el aumento de salarios era direccionado por el Consejo Directivo, pero que para Bogotá se confiaba en que la señora Meulenbroek los estaba haciendo conforme lo indicado en el Consejo.

El Testigo José Fernando Villamil quien vive en Manizales, y venía a Bogotá una o dos veces al año, es el **contador general de la demandada** desde hace aproximadamente 23 años, manifestó que la actora era la Rectora del Instituto Educación y Vida en Bogotá desde 2013, o 2014, y hasta el 2015, cuando se prescindió de ella; que él sabía que el salario de ella era entre \$4.800.000 o \$5.000.000 porque él reportaba la información exógena a la DIAN y allí se daba cuenta; que los aportes a seguridad social siempre se pagaron con la base salarial que ella ganaba; que toda la información que él necesitaba para su trabajo le era enviada por la señora Meulenbroek; que el contrato laboral de la actora, se terminó porque cuando murió la señora Meulenbroek se empezaron a evidenciar movimientos extraños en Bogotá, puntualmente malos manejos en la parte administrativa; que él viajó desde Manizales para verificar la papelería, evidenciando pagos de seguridad social a favor de la familia de la actora, pagos exagerados en la compra de insumos, mercados en Carulla cada 8 días de \$1.000.000, facturas de teléfono personales de la familia de la promotora del litigio *«mejor dicho un uso indebido de los bienes de la Fraternidad Misionera»*; que Myriam y su hermana Ana se habían subido el sueldo a \$4.500.000 o \$5.000.000, y se empezaron a pagar sobre eso todo, que ellas mismas eran las que se pagaban. Comunicó que, posterior a esos descubrimientos la papelería de la parte contable de unos 15 a 20 años, desapareció por lo que se vieron obligados a iniciar acciones judiciales y que una contadora forense realizó una investigación en la que se corroboró los malos manejos.

Expuso que, la señora Meulenbroek prácticamente toda la vida fue como una benefactora de la Fraternidad Misionera y era quien manejaba el Instituto Educación y Vida en Bogotá, que en este colegio los sueldos se incrementaban para los docentes como lo ordenaba el Ministerio de Educación y en la parte administrativa como los fijaba la señora Meulenbroek; que sabe que los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y seguridad social estaban al día en pagos, porque estos se cancelaban una vez se causaban. Señaló que el Colegio tenía un contador exclusivo para sus asuntos e informó que no le consta que la señora Muñoz trabajara horas extras, que ella permanecía todo el tiempo en el Colegio, pero porque vivía allí.

La testigo Ana Muñoz Álvarez, indicó que es hermana de la demandante; que fue fundadora del Instituto Educación y Vida en 1984, junto con el padre Nicolás y la señora Meulenbroek; que la accionante llegó a trabajar allí en 1985, y hasta que el Consejo Directivo de la demandada la sacó de la peor manera del Colegio; que desde que llegaron a este allí residían ella y la actora con su esposo y dos niñas que nacieron con posterioridad; que dentro del colegio hicieron una casita y había un edificio donde están las habitaciones de ellas y otras misioneras. Expuso que, la parte financiera, de contratación de personal y determinación de salarios del colegio era manejada única y exclusivamente por la señora Meulenbroek quien era la representante de la Fraternidad en Bogotá y no necesitaba autorización de nadie, y la parte académica la actora por ser la Rectora; que fue la señora Meulenbroek quien para el año 2015, fijó los salarios del Colegio incluyendo el de la Rectora en \$6.000.000.

Afirmó que, un día llegaron al Colegio la señora Lourdes y otros e ingresaron a la Capilla y de forma arbitraria, violenta y sin ninguna explicación dijeron que la nueva rectora era la señora María Helena Giraldo; que las corrieron del Colegio, sin dar explicación alguna de esa decisión; que para los meses de abril, mayo y junio de 2015, la demandante realizó los pagos de seguridad social por órdenes de la señora Lourdes; que a la accionante se le pagó el salario de enero, febrero y marzo de 2015, por un valor de \$6.000.000 mensuales; que ella tenía un horario de trabajo de 6 am a 5 pm de lunes a viernes y de 8 am a 1 pm el sábado, que con autorización de la señora Meulenbroek la actora trabajaba muchas horas extras pues siempre dio todo de ella por el Colegio; que le adeudaban varios periodos de vacaciones y la liquidación del año 2015; que la señora Lourdes no tenía nada que ver con el Instituto Educación y Vida ni con las decisiones ni jamás hizo acto de presencia en este; que la demandante hizo entrega del cargo de rectora a Lourdes.

La deponente Gloria Leonor Paredes quien reside en Bogotá, dijo que conoce a la demandante desde hace 25 o 30 años, porque trabajó en el Instituto Educación y Vida desde 1988, hasta que se pensionó en 2014; que desde el 2004, aproximadamente fue Auxiliar Administrativo ayudando a la Rectora con todo lo académico y disciplinario que se presentaba en el colegio. Sostuvo que, la señora Meulenbroek era la representante de la Fraternidad en Bogotá; que ella fijaba los salarios anualmente para los empleados del Colegio, incluida la Rectora; que el Consejo Directivo nunca se opuso a los salarios fijados por esta, porque ella era autónoma en las decisiones del colegio; que desconoce quién es la señora Lourdes.

La testigo María Helena Giraldo Montoya, Rectora del Instituto Educación y Vida desde el 30 de abril de 2015, indicó que llevaba 23 años siendo misionera y que pertenece al Consejo General de la Fraternidad desde el 2014; que dicho Consejo en cabeza de la señora Lourdes la designó como Rectora del mencionado colegio por lo que se trasladó desde Manizales a Bogotá; que sabe que a la demandante se le concedió un plazo de 30 días para hacer empalme con ella y rendir informes o rendición de cuentas en lo financiero, administrativo y académico, situación que nunca se dio pese a que tenía todas las herramientas para hacerlo; que a la fecha no ha entregado la información; que tuvo conocimiento de que la actora junto con su hermana «*destruyeron, rompieron y hasta incineraron*» mucha de esa información; que la accionante no realizó el pago de la seguridad social en el SOI lo que generó una sanción de \$130.000.000.

Indicó que, en la actualidad los salarios y sus incrementos en el Instituto Educación y Vida se fijan por el Consejo, pero que este ente en «*la gestión anterior siempre se desconoció, se hacía de manera autónoma y arbitraria*»; que el Consejo se enteró que el salario de la actora era de \$6.000.000, después de la muerte de la señora Meulenbroek, cuando el Consejo en pleno entró al colegio y empezó a evidenciar los malos manejos de la Rectora en la parte financiera, administrativa y académica. Sostuvo que, la demandante era Rectora porque la señora Meulenbroek así la designó; que si bien la señora Meulenbroek asistía a las reuniones del Consejo Directivo en Manizales con ella siempre había muchos problemas porque ella desconocía a esa autoridad y tomaba decisiones autónomamente; que nunca informó al Consejo pese a los requerimientos los salarios que se pagaban en el Instituto Educación y Vida.

La declarante Roció Herrera González, manifestó que labora en el Instituto Educación y Vida como Coordinadora académica desde el 2019, y como administrativa desde el 2017, y desde 1996, como docente, que fue contratada por

la Fraternidad y recibida por la señora Meulenbroek y la rectora del momento –la demandante-; que además, es miembro del Consejo General de la demandada desde 2015; que el salario desde que ella ingresó se incrementaba año a año; que la rectora y/o la señora Meulenbroek en febrero les explicaban sobre el aumento autorizado; que con el conocimiento que tiene ahora sabe que los incrementos deben ser autorizados por el Consejo. Informó que a partir del 30 de abril de 2015, el Consejo en cabeza de la señora Lourdes cambió la rectora, por malos manejos dentro de la institución, como no dar acceso a la información de este y aumentarse el salario; que conoce esto por cuanto vivió de cerca la situación, porque cuando el Consejo llegó la actora dio indicaciones a los docentes de no asistir a las reuniones programadas por ese órgano, no preguntar, no obedecer órdenes que no vinieran de ella, que desconocieran a la nueva rectora María Elena.

Expuso que, la jornada académica empezaba a las 6 am y finalizaba a las 2:30 pm, pero que venían a la demandante más o menos a las 9:00 o 9:30 am y a la salida unas veces estaba y otras no, y los sábados dictaban catequesis y ella no estaba; que ella no trabajaba horas extras porque la jornada se acababa y se cerraba el colegio. Explicó que la señora Meulenbroek fue la directora de la Fraternidad hasta el año 2010, pero que ella siempre continuó y permaneció en el Colegio; que ella manejaba muchas cosas administrativas del mismo; que incluso fue ella quien en 1996 le hizo la entrevista de trabajo y con ella se entendían para documentación también.

La testigo Beatriz Alarcón Lombana, dijo que ingresó al Instituto Educación y Vida en el año 2015, actualmente es asistente administrativa de este; que es misionera de la Fraternidad desde 1970; que antes de 2015, iba al Colegio una vez por semana o cuando la señora Meulenbroek lo requería para apoyar las actividades de esa institución; expuso que, esta última señora era quien estaba al frente del Centro Bogotá, y la jefe directa de la demandante; que Meulenbroek tenía autonomía en todo lo que tenía que ver con el Instituto Educación y Vida pero debía consultar al consejo de la fraternidad; que la actora trabajaba durante la jornada académica; que a veces desarrollaban actividades después de ese horario.

La testigo Marta Lucia Caldas, indicó que en el año 2016, realizó una auditoría en el Instituto Educación y Vida con el fin de establecer los saldos reales de la contabilidad a 31 de diciembre de 2014, y a abril de 2015; que allí encontró que se habían hecho gastos que no tenían nada que ver con el objeto social de la Fraternidad, como por ejemplo que se pagaba un contrato con Emermedica donde los beneficiarios eran la familia Muñoz y la señora Meulenbroek, los cuales no

estaban autorizados, otro fue en las escalas salariales donde encontró que a la señora Ana, a la demandante, a Meulenbroek y a los administrativos se les incrementó en porcentajes muy altos en comparación con el cuerpo docente, lo cual cuantificó, posteriormente indicó que *«el incremento era igual para todos lo que pasa es que daría diferente por el valor que se tenía»*; que de la documental por ella analizada no se evidenciaba pago de horas extras a ningún trabajador del Colegio, pero sí de salarios, prestaciones, y seguridad social. Aclaró que, fue contratada para realizar una auditoría en los últimos 5 años; que la información de ese lapso estaba registrada en el sistema y había algunos reportes físicos.

DEL SALARIO- APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La parte demandada radica su inconformidad en que se hubiese declarado que el salario mensual de la actora para el año 2015, era de \$6.000.000, argumentando que la señora Meulenbroek no estaba en condiciones físicas ni mentales para tomar la decisión de incrementar el salario; que solamente el Consejo General de la Fraternidad Misionera de la Cruz era el facultado para tomar esa clase de decisiones. Agregó que, los aportes a seguridad social se hicieron sobre \$6.000.000 porque la actora tenía las claves y podía hacer pagos.

Advierte la Sala que al expediente no se allegó prueba documental alguna donde se encuentre estipulado quién, cómo y cuándo se realizan los incrementos salariales de los empleados de la Fraternidad Misionera de la Cruz, más puntualmente para el año 2015, o con anterioridad a este, mucho menos que lo fuera el Consejo General de la Fraternidad como lo afirma la convocada a juicio.

En tal virtud, los únicos medios probatorios allegados al plenario que dan cuenta de este particular aspecto, son los interrogatorios de parte y la prueba testimonial, de los cuales una vez analizados con total certeza se puede concluir que la señora Hendrika María Meulenbroek era la máxima autoridad y quien dirigía de manera autónoma el Instituto Educación y Vida, y puntualmente fijaba cada año los incrementos para todo el personal de dicha institución, incluyendo el del año 2015.

A la anterior conclusión se llega, porque los testigos fueron conteste al afirmar que la señora Meulenbroek era la encargada del Instituto Educación y Vida; que ella siempre dirigió este; que pese a que asistía a las reuniones del Consejo de la

Fraternidad nunca les informó el tema salarial y tampoco les compartía información de las decisiones que al interior del colegio se tomaban, al punto de que para poder conocer lo que allí pasaba el Consejo en pleno se trasladó a este, y empezó a requerir informes, a verificar directamente la información y a tomar decisiones respecto de la dirección y manejo de esa institución.

Así, lo informó: **i)** la demandante, quien refirió que la señora Meulenbroek fue fundadora del Instituto y su jefe directa; que era ella quien cada año autorizaba el incremento salarial y se lo comunicaba directamente al contador de este Colegio; **ii)** la representante legal de la demandada, quien indicó que la señora Meulenbroek desde que se fundó el colegio y hasta que ella falleció estuvo al frente del Instituto Educación y Vida; que tomaba las decisiones del manejo de este; que pese a que asistía al Consejo de la Fraternidad era difícil acceder a las decisiones y a las cuentas del Instituto por lo que ella representaba; que no tenían conocimiento de los incrementos salariales anuales pero que confiaban en que se estuvieran haciendo conforme lo indicaba el Consejo; **iii)** el Contador general de la demandada José Fernando Villamil, quien comunicó que la señora Meulenbroek fue quien manejo el Instituto y que los incrementos salariales de los docentes se hacía conforme lo indicaba el Ministerio de Educación y en la parte administrativa los fijaba la señora Meulenbroek; **iv)** la señora Ana Muñoz Álvarez quien sostuvo que la señora Meulenbroek fue una de las fundadoras del colegio y la única que de manera exclusiva manejaba la parte financiera, de contratación de personal y determinación de salarios del colegio; **v)** la señora Gloria Leonor Paredes quien advirtió que la señora Meulenbroek era la representante de la Fraternidad en Bogotá; que ella fijaba los salarios anualmente para los empleados del Colegio; **vi)** la señora María Helena Giraldo Montoya miembro del Consejo de la demandada desde 2014 quien narró que en la gestión de anterior siempre se desconoció al Consejo y la fijación de salarios se hacía de manera «autónoma y arbitraria», que el Consejo se enteró que el salario de la actora esa de \$6.000.000 después de la muerte de la señora Meulenbroek; **vii)** la señora Roció Herrera González quien dijo que la señora Meulenbroek fue la Directora de la Fraternidad hasta el año 2010, pero que siempre continuó y permaneció en el Colegio; que manejaba muchas cosas administrativas del mismo; que incluso fue ella quien en 1996, le hizo la entrevista de trabajo y con ella se entendían para documentación también; que el salario en el colegio aumentaba año a año; que en febrero la Rectora y/o la señora Meulenbroek les indicaban el aumento autorizado; y **viii)** la señora Beatriz Alarcón Lombana quien señaló que la señora Meulenbroek tenía autonomía en todo lo que tenía que ver con el Instituto Educación y Vida.

Aunado a lo anterior, se evidencia que los pagos realizados a: **i)** Comfacundi entre enero y junio de 2015, se efectuaron sobre un IBC de \$6.000.000 (f.º 34-35 archivo 03 carpeta 01 carpeta 1ª inst, exp digital); **ii)** la EPS Cruz Blanca entre febrero y julio de 2015, se hicieron sobre un IBC de \$6.000.000 (f.º 40-45 archivo 03 carpeta 01 carpeta 1ª inst, exp digital); **iii)** la ARL Positiva entre enero y junio de 2015, con un IBC de \$6.000.000 (f.º 46-57 archivo 03 carpeta 01 carpeta 1ª inst, exp digital); y **iv)** Colpensiones entre enero y junio de 2015, con un IBC de \$6.000.000 (f.º 62-68 archivo 03 carpeta 01 carpeta 1ª inst, exp digital). Todo lo anterior permite inferir que los pagos a seguridad social desde enero hasta junio de 2015, se realizaron sobre un IBC de \$6.000.000 lo que concuerda con el salario reclamado por la demandante.

Ahora bien, aun cuando en el recurso de apelación la parte demandada alega que la actora tenía las claves y podía realizar pagos, lo cierto es que la representante legal de la demandada confesó que los aportes a la seguridad social entre abril y junio de 2015, los hizo el departamento contable de la Fraternidad, luego pese a que presuntamente desconocían el monto del salario de la actora, continuaron realizando dichos aportes sobre \$6.000.000, por ende, esta Sala confirmará la decisión del *a quo* en este sentido.

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

DE LAS HORAS EXTRAS

Insiste la promotora del litigio que tiene derecho a las hora extras, solicitando que deben revisarse. Sobre el particular, debe indicarse que el juez de primera instancia, sostuvo que la actora era empleada de dirección, confianza y manejo, sin que la demandante contravirtiera los razonamientos expresados por el operador judicial en la providencia atacada. Conforme a ello, no puede desconocerse que el cargo de Rectora que ejercía la demandante, implicaba ejecutar labores de dirección y administración del colegio y, que a no dudarlo conlleva que tenga personal a su cargo, por mismo nivel jerárquico dentro de la estructura organizacional del ente educativo; por lo tanto, conforme el artículo 162 del CST, está excluida de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo, es decir que, pese a que trabajen más allá de la jornada máxima legal NO se les debe reconocer horas extras o trabajo suplementario, lo que es suficiente para confirmar la decisión de primera instancia en este sentido, pues se itera, la recurrente no planteó nuevos argumentos para debatir las consideraciones del operador judicial de primer grado sobre este puntal aspecto.

DE LA TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO CON JUSTA CAUSA

Lo primero que debe advertirse es que le corresponde al trabajador demostrar el hecho de despido, y que este provino de la voluntad de su empleador, para que recaiga sobre este último el deber de probar los motivos que dieron origen a esa decisión y además que estos son justa causa a la luz del ordenamiento legal. Así lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL592-2014, donde afirmó:

En principio, a cada parte le corresponde demostrar las afirmaciones o las negaciones que hace como fundamento de sus pretensiones o excepciones. Así lo preceptúa el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Por supuesto, hay normas de derecho que excepcionalmente exoneran a las partes de acreditar hechos o negaciones, como es el caso de las presunciones y las negaciones indefinidas, para solo traer dos ejemplos.

En el campo laboral, en forma por demás reiterada, esta Sala de Casación tiene adocinado que, en materia de despidos, sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste, si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión.

En el presente asunto, la actora probó que fue su empleador quien le dio por terminado su contrato de trabajo a partir del 5 de junio de 2015, por lo que queda en cabeza de la Fraternidad Misionera de la Cruz, probar que los motivos que llevaron a tomar esa decisión ocurrieron y además que constituían justa causa para dar por finalizado el vínculo contractual a la demandante.

Con dicho fin, se allegó al expediente carta de terminación del contrato de trabajo de la señora Myriam Muñoz (f.º 28-30 archivo 01 carpeta 01 carpeta 1ª inst, exp digital) en donde se lee textualmente lo siguiente:

(...) por medio de la presente me permito informarle que una vez escuchados los argumentos esbozados por usted por no haber rendido dentro del término concedido por la suscrita los informes solicitados mediante oficio del 30 de abril de 2015; le reitero como se lo manifesté en forma verbal, que este plazo no será ampliado.

Treinta (30) días otorgados a usted para que elaborara dichos informes; fue un plazo más que suficiente, teniendo en cuenta que desde esa fecha se le dejó esa tarea como única función.

Con su proceder señora Myriam, usted ha faltado a las obligaciones de que trata el artículo 58 del Código sustantivo del Trabajo y de esta norma se desprende que usted como trabajadora incumplió varias de ellas, así:

ARTICULO 58. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR. Son obligaciones especiales del trabajador:

1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

Como se puede analizar usted no entregó en la institución los informes requeridos dentro del término concedido para ello durante el tiempo transcurrido; además de no entregar el informe a tiempo, tampoco ha acatado todas y cada una de las órdenes y requerimientos solicitados por escrito, desconociendo la autoridad y orden jerárquico de la institución.

2a. No comunicar con terceros, salvo la autorización expresa, las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al empleador, lo que no obsta para denunciar delitos comunes o violaciones del contrato o de las normas legales del trabajo ante las autoridades competentes.

En el mes de abril se le solicitó la entrega de la nómina del personal con el fin de cancelarle sus salarios, su situación a la cual usted se negó, correspondiéndole a la suscrita con el equipo de asesor elaborar la nómina en forma manual y realizar el pago a través de cheque.

A la fecha 2 de junio de 2015 usted no entregó la clave del SOI para ingresar las novedades y realizar los pagos de la Seguridad Social; Situación que generó el pago de una sanción pecuniaria en el mes pasado.

No se han obtenido respuesta a qué entidades prestadoras de Salud, EPS, se encuentran afiliados los profesores y personal administrativo aún hay profesores que iniciaron sus labores con el Instituto y no están afiliados.

Más grave aun cuando el día 2 de junio el profesor Iván Camilo García Cárdenas sufrió un accidente de trabajo y por no encontrarse afiliado al sistema de Seguridad Social, la institución debió asumir los gastos médicos en un consultorio particular de la doctora Gladys Cabeza V. y por ende, asumir la incapacidad.

No realizó la debida inscripción al ICFES de los alumnos de grado 11, a pesar de que usted recibió el pago de esta inscripción por parte de los padres de los alumnos en forma oportuna y anticipadamente; labor que al vencimiento del plazo le correspondió realizar a la nueva Rectora María Helena Giraldo Montoya.

La irregularidad que se presentó con las agendas escolares, toda vez que en el mes de diciembre de 2014, con el valor de matrícula cancelaron el valor total de las mismas y éstas fueron contratadas con la editorial FISE el día 7 de mayo de 2015 por lo tanto, se perdió el 50% de la utilidad para los estudiantes, en el uso de ella y a consecuencia, de ello la señora Rectora ha debido responder a quejas reiterativas sintiéndose vulnerable en su propio peculio. Asimismo existe inconformidad por no haberse editado estas agencias las fotografías de los alumnos de los grados 11 A y 11 B 2015, toda vez que este era un valioso recuerdo para la comunidad estudiantil.

Con este actuar usted ha ocasionado perjuicios a la institución, por lo tanto no es cierto como usted manifiesta que buscaba el beneficio de la institución.

3a. Conservar y restituir un buen estado, salvo el deterioro natural, los instrumentos y útiles que le hayan sido facilitados y las materias primas sobrantes.

Se encontró cantidad de materiales que hubo que reciclar entre ellas cajas de agendas escolares nuevas sin utilizar de años anteriores. Muchas medallas de premiación y estímulo en perfecto estado no recuperable por tener marcado el año, cantidad de muestras de textos escolares y medios magnéticos entregados por editoriales empacadas sin estrenar que estuvieron guardados y no se pusieron a disposición de la institución.

En consecuencia, me permito informarle que a partir de la fecha su contrato de trabajo con el Instituto de Educación y Vida propiedad de la Fraternidad Misionera de la Cruz, se da por terminado por justa causa de conformidad a lo normado en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

Espero la entrega inmediata de las llaves de la oficina que usted ocupa con todos y cada uno de los documentos y archivos del Instituto Educación y vida.

Dentro del término de ley, se le estará cancelando la liquidación definitiva del contrato.

De igual manera, le informo que el salario correspondiente al mes de abril del año 2015 el cual usted se negó a recibir se encuentra consignado a órdenes del Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá y en el término de 15 días hábiles deberá acercarse a la ventanilla 15 de la carrera 10 No. 14-33 Piso 1 y radicar fotocopia de su cedula de ciudadanía. Adjunto copia del acta individual de reparto.

Directora General FMC

Ahora, al verificar si las conductas antes referidas están demostradas, observa la Sala que a la demandante se le retiró de su cargo de rectora de la institución el 30 de abril de 2015, y mediante comunicación de ese mismo día se le concedió un término máximo de 30 días para que rindiera informe completo y pormenorizado del área financiera rendición de cuentas, área administrativa y laboral, y área académica; igualmente se le indicó que hiciera entrega a la nueva Rectora de todas y cada una de las llaves de las dependencias y del vehículo automotor de la fraternidad; que el contrato laboral seguiría vigente hasta tanto rindiera los informes y se le asignaran nuevas funciones (f.º 25-27 archivo 01 carpeta 01 carpeta 1ª inst, exp digital).

Al respecto la demandante en su escrito de demanda puntualmente en el hecho quince informó que *«era sometida a un acoso laboral continuo, le prohibían entrar a las oficinas, prohibieron al personal administrativo que le suministrara archivos o documentos que mi cliente necesitaba para poder entregar el cargo y hacer el empalme ordenado en la carta del 30 de abril de 2015, le prohibieron acceder al computador y a la información que guardaba mi cliente en éste»*; frente a este la demandada contestó:

Es cierto, pero dicha situación no obedeció a situaciones de acoso laboral, ni mucho menos para impedir que la actora entregara el cargo que venía desempeñando, y además aclaró que la señora MARÍA HELENA GIRALDO MONTOYA como nueva rectora del colegio INSTITUTO EDUCACIÓN Y VIDA no incurrió en momento alguno en las actuaciones que la demandante expresa en el presente hecho, y **si no le permitió acceder a información del Colegio**, lo hizo apoyada en las reservas legales que le permitían **impedir que eventualmente la demandante pudiera acceder a esta**, máximo cuando había sido relevada de su cargo como rectora a partir del mes de abril de 2015, y porque además se estaba realizando una investigación administrativa debido a que habían existido desordenes de tipo administrativo en el INSTITUTO EDUCACIÓN Y VIDA, cuando la actora se desempeñaba como rectora, entonces en ese orden de ideas lo mínimo que podía hacer la entidad demandada era precisamente proteger su información, para evitar que esta eventualmente fuera manipulada por terceras personas. (negrillas y subrayas fuera del texto original).

Conforme lo anterior, es evidente que la demandada admite que desde el 30 de abril de 2015, cuando nombró a la señora MARÍA HELENA GIRALDO MONTOYA como Rectora de la Institución Educación y Vida, le restringió el acceso a la accionante a la información del Colegio; que le prohibió al personal administrativo suministrarle archivos o documentos, así como el ingreso de esta a las oficinas, incluyendo la oficina de rectoría y su computador, por ende, resulta completamente lógico que la actora no hubiese podido cumplir con la entrega de los informes requeridos, ello en razón a no tener acceso a la información no tenía como realizarlos.

Así las cosas, no es razonable que el empleador requiera a un trabajador para que en el término máximo de 30 días entregue informes completos y pormenorizados del área financiera rendición de cuentas, área administrativa, laboral y académica y al mismo tiempo lo prive de esa información y finalmente le dé por terminado el contrato de trabajo porque no cumplió, cuando era apenas lógico que no iba a cumplir, pues no tenía los insumos ni el acceso a la información requerida para poder hacerlo, evidenciándose por parte de la pasiva, un comportamiento inadmisibles y reprochables en el sentido de que asigna una tarea y a la vez limita totalmente el material para poderla ejecutar, para al final imputar una presunta justa causa, originada en su mismo comportamiento.

También refirió en la carta de terminación que la demandante no acató todas y cada una de las órdenes y requerimientos solicitados por escrito, desconociendo la autoridad y orden jerárquico de la institución; no obstante, en el informativo solo obra prueba de la comunicación del 30 de abril de 2015, donde se requirieron los informes, por ende, brilla por su ausencia las órdenes y requerimientos **escritos** que presuntamente la actora no acató, los cuales debían ser probados por la demandada.

En este sentido, la primera causal imputada no se encuentra probada.

Frente a la segunda causal, encontramos que al plenario no se allegó la presunta nómina manual y los pagos por cheque que se realizaron al personal del Instituto Educación y Vida para el mes de abril de 2015; además, tal como se indicó anteriormente, si a la demandante se le privó de la información que tenía en el computador de la rectoría y de que la parte administrativa le entregara información u archivos, resulta evidente que no iba a entregar la nómina, ya que humanamente era imposible tener toda esa información en su cabeza.

Respecto de que al 2 de junio de 2015, la señora Muñoz no había entregado la clave del SOI para ingresar las novedades y realizar los pagos de la Seguridad Social, lo que presuntamente generó una sanción pecuniaria en el mes de mayo de 2015, y que tuvieron que asumir un accidente de trabajo y su incapacidad, además de no conocer las EPS de los trabajadores del Instituto y que algunos profesores no estuviesen afiliados al sistema de seguridad social, se advierte que, sobre estos presuntos hechos tampoco se allegó prueba, pues de la hipotética sanción pecuniaria la cual costó \$130.000.000 según la testigo y nueva Rectora del Instituto señora María Helena Giraldo Montoya no existe evidencia; solo se habla de ella en la carta de terminación del contrato y en el testimonio referido, sin identificarse qué

entidad la impuso y porque causas, esto con el fin de verificar si en verdad dicha situación ocurrió y si es atribuible a la demandante, recuérdese que el empleador debe probar los motivos que aduce como justa causa.

Asi mismo, nada se aportó del accidente de trabajo que sufrió el profesor Iván Camilo García Cárdenas, no se indicó desde que fecha este era docente del Colegio, y si la responsabilidad de afiliarlo al sistema de seguridad social era de la actora, luego este asunto al ser generalizado no puede tenerse como justa causa.

Ahora, respecto de las claves del SOI y los pagos a la seguridad social, se observa lo siguiente:

PERIODO SALUD	PERIODO OTROS	FECHA DE PAGO	FOLIO
Enero 2015	Diciembre 2014	21/04/2015	306-336 archivo 01 carpeta 01 carpeta 1ª inst, exp digital
Febrero 2015	Enero 2015	21/04/2015	
Marzo 2015	Febrero 2015	21/04/2015	
Abril 2015	Marzo 2015	21/04/2015	
Mayo 2015	Abril 2015	05/05/2015	
Junio 2015	Mayo 2015	04/06/2015	
Julio 2015	Junio 2015	02/07/2015	

Al respecto, indicó la representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte que los aportes a seguridad social entre abril y junio de 2015, los hizo el departamento contable de la Fraternidad, y la demandante en el suyo había informado que el encargado de hacer dichos aportes era el contador del colegio. De lo referido, observa la Sala con claridad que, la actora dejó de ser la Rectora del colegio el 30 de abril de 2015; que los pagos a seguridad social de enero a abril 2015, fueron efectuados el 21 de abril de 2015, por ende, la actora al finiquito de su gestión, estaba al día en ese concepto, y la Fraternidad pagó correctamente y en la fecha oportuna los correspondientes a mayo, junio y julio de 2015, luego no se entiende el motivo por el cual se impuso la presunta sanción, y tampoco es cierto lo que se indicó como justa causa en este sentido.

Ahora, resulta oportuno indicar que si la Fraternidad tomó control del Instituto Educación y Vida, de la oficina de rectoría y su computador así como del departamento administrativo desde el 30 de abril de 2015, le quedaba fácil indagar quienes eran sus empleados y si estaban afiliados al sistema de seguridad social, y de no estarlo, proceder a su afiliación de inmediato, razón por la que no sería imputable a la demandante el presunto accidente de trabajo que ocurrió el 2 de junio al profesor Iván Camilo García Cárdenas, pues el empleador ya había tenido la posibilidad en mayo de ese mismo año de identificar dicha falencia y corregirla si

era del caso; además para esa data, la señora Muñoz ya había sido relevada de su cargo como Rectora.

Al expediente tampoco se aportaron pruebas de cuando se realizó la inscripción al ICFES de los alumnos de grado 11, ni hasta que fecha era el plazo para dicho fin, ucho menos de la contratación de las agendas escolares del 2015, y las presuntas falencias en las fotografías de los alumnos de los grados 11 A y 11 B 2015.

Todos estos motivos aducidos por la Fraternidad para terminar el contrato de trabajo con justa causa debían probarse fehacientemente; no obstante, pese al abundante material probatorio allegado al plenario, brilla por su ausencia las pruebas que acreditan los motivos imputados a la señora Myriam Muñoz para terminar su vinculación laboral.

Conforme lo anterior, es evidente que dicha causal no se probó.

Respecto de la tercera causal, tampoco se demostró lo allí referido, desconociéndose por esta Colegiatura, el material que se tuvo que reciclar, ya que de este no se aportó un informe ni inventario, fotografías, videos ni ningún elemento de prueba que demuestre que ello ocurrió así.

Si bien los testigos José Fernando Villamil, María Helena Giraldo Montoya, y Roció Herrera González, indicaron que el contrato de trabajo de la actora había finalizado por malos manejos dentro de la institución; que ella pagaba la seguridad social y las facturas de teléfono de su familia con los recursos de la Fraternidad, pagos exagerados en la compra de insumos, mercados en Carulla cada 8 días de \$1.000.000, desaparición de documentos contables de 15 o 20 años hacia atrás los cuales según la señora Giraldo Montoya fueron destruidos, rotos y hasta incinerados, no dar acceso a la información del Colegio, dar indicaciones a los docentes de no asistir a las reuniones programadas por ese órgano, no preguntar, no obedecer órdenes que no vinieran de ella y desconocer a la nueva rectora María Elena, lo cierto es que de nada de esto se aportó prueba, pues bien pudo la parte pasiva aportar los pagos de seguridad social y facturas de celular de la familia de la actora o por lo menos identificar quienes eran las personas para verificar en la cantidad de planillas de seguridad social aportadas -2012 a 2015- si ello era cierto o no; también pudo allegar los pagos exagerados en mercados bien a través de las facturas correspondientes o con los extractos bancarios donde se reflejara la transacción, y de la desaparición de documentos tampoco se aportó prueba de que

ello se hubiese denunciado, luego su actividad probatoria frente a los motivos que dieron origen a la terminación del contrato fueron nulos.

Sumado a ello, debe advertirse que lo indicado por los testigos referidos no se acompasa con lo plasmado en la carta de terminación del contrato, pues todos indicaron que los motivos fueron malos manejos puntualmente de los recursos de la Fraternidad; no obstante, en la comunicación no se imputó o indicó nada de ello.

En este mismo sentido, se advierte que tanto en la contestación de la demanda como el contador general de la Fraternidad y la rectora entrante señora Giraldo Montoya, refirieron una investigación administrativa de la gestión de la demandante en donde evidenciaron malos manejos de los recursos de la demandada; sin embargo, este no se trajo como prueba al proceso, siendo el mismo de vital importancia, pues en él se observaría con certeza los hallazgos negativos que llevaron a la decisión de terminar su contrato. Es más, al proceso se trajo como testigo a la señora Marta Lucia Caldas quien indicó que en **abril de 2016**, realizó una auditoría forense en el Instituto Educación y Vida con el fin de establecer los saldos reales de la contabilidad a 31 de diciembre de 2014 y a abril de 2015; que encontró varias irregularidades las cuales explicó; no obstante, esta Sala no las valorará como quiera que sus hallazgos fueron posteriores al 5 de junio de 2015 data en que se motivó la carta de despido, y para la cual se debía tener certeza de las razones allí imputadas; sin embargo, llama la atención que ella indicó que la habían contratado para realizar una auditoría en los últimos 5 años anteriores a junio de 2015, y que la información de ese lapso estaba registrada en el sistema.

Analizadas objetivamente y en su conjunto los anteriores medios de convicción aplicando los principios de sana crítica y de libertad probatoria, conforme al artículo 61 del CPTSS, para esta Sala de Decisión, ninguno de los motivos imputados a la demandante como justa causa se encuentran probados por parte de la Fraternidad Misionera de la Cruz, lo que conlleva a que el mismo sea injustificado y, por ende, procede la condena a la demandada al pago de la indemnización por terminación unilateral del vínculo laboral sin justa causa.

En este asunto, debe tenerse presente que la relación laboral de la actora se extendió desde el 15 de julio de 1991 y el 5 de junio de 2015, lo que implica que la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, debe tasarse conforme el artículo 6° de la Ley 50 de 1990, pues a la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002, que lo fue el 27 de diciembre de 2002,

ella tenía más de diez (10) años al servicio continuo de la Fraternidad Misionera de la Cruz.

El artículo 6° de la Ley 50 de 1990, señalaba que en los contratos a término indefinido, la indemnización se pagará así:

- a). Cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicios no mayor de un año;*
- b). Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción;*
- c). Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio continuo y menos de diez (10), se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción; y*
- d). Si el trabajador tuviere diez (10) o más años de servicio continuo se le pagarán cuarenta (40) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.*

Entonces, se tendrá en cuenta el último salario devengado, es decir, \$6.000.000 mensuales el cual al dividirse en 30 arroja el salario día, esto es, \$200.000, y se aplicará 45 días para el primer año, y 40 por cada año subsiguiente, dado que la demandante laboró al servicio del mismo empleador por más de veintitrés años, la liquidación es:

PERIODO		AÑOS LABORADOS	DÍAS A INDEMNIZAR	SALARIO DÍA
DESDE	HASTA			
15/06/1991	14/06/1992	1	45	9.000.000,00
15/06/1992	14/06/2014	22	40	8.000.000,00
15/06/2014	05/06/2015	0.97	38.89	7.777.777,78
TOTAL				24.777.777,78

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia en este sentido, y en su lugar se condenará a la Fraternidad Misionera de la Cruz a reconocer y pagar a la demandante la suma de \$24.777.777,78 por concepto de indemnización del artículo 6° de la Ley 50 de 1990 (art. 64 CST), la que deberá ser indexada hasta el momento de su pago.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA ARTÍCULO 65 DEL CST

Respecto de estas indemnizaciones, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y pacífica a sostenido que no son de aplicación

automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si este, estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo. (CSJ SL053-2018, CSJ SL4515-2020).

Conforme a lo expuesto, le corresponde al juez observar la conducta del empleador, con el fin de determinar su esté a la finalización del contrato de trabajo quedó adeudando al trabajador salarios y/o prestaciones sociales con alguna justificación o no, si esas razones son plausibles, para eximirse el empleador del pago de la referida sanción moratoria.

En el presente asunto, se evidencia que la Fraternidad Misionera de la Cruz, pese a ser la empleadora de la actora, desconocía por completo los salarios autorizados por la señora Meulenbroek para el Instituto Educación y Vida para todos los años anteriores al 2015, inclusive, pues en su creencia la demandante devengaba un salario mensual de \$5.016.000, y fue sobre este que pagó el salario de abril de 2015 y la liquidación definitiva de prestaciones sociales, así:

- 04/06/2015: pago por consignación de salario del mes de abril de 2015 (acta reparto Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá).
salario: \$5.016.000
deducciones 8%
total: \$4.615.000
- Formato pago por consignación de prestaciones laborales 17 de junio de 2015 -No se aportó acta de reparto ni título de depósito judicial- allí se indicó que el pagó se realizaría por:

DEVENGADO:	DEDUCCIONES:	TOTAL DEVENGADO:
Salario Mensual:		\$5.016.000
Cesantías:		\$2.145.734,00
Intereses Cesantías:		\$ 110.149,00
Prima:		\$ 2.145.734,00
Vacaciones:		\$ 1.072.867,00
Total:		\$ 5.474.484,00
Ex. Cancelado Mayo/15	\$984.0000	
TOTAL NETO A PAGAR		\$:4.490.484, 00

De lo anterior, se evidencia entonces que la demandada realizó un pagó por consignación por valor de \$4.490.484 dentro del que canceló cesantías, intereses a estas, prima de servicios y vacaciones correspondientes al periodo del 1° de enero al 4 de junio de 2015, tal como se indicó del mismo no se encontró prueba en el expediente, sin embargo, este asunto no está en discusión.

Asi las cosas, pese a que el empleador pagó mediante depósito judicial el salario de abril de 2015, y la liquidación final del contrato de trabajo al 4 de junio de 2015, lo que podría dar apariencia que obró de buena fe, lo cierto es que, en el

plenario no existe prueba de que hubiese pagado el salario de mayo y 5 días de junio de 2015, y sobre esta omisión no dio justificación alguna, pues si bien como lo indicó la *a quo* en cuanto a que presuntamente no tenía claro el valor del salario real de la actora, lo cierto es que si tenía certeza que el contrato laboral finalizó el 5 de junio de 2015, puesto que hasta esa fecha se prestó efectivamente el servicio por parte de la señora Myriam Muñoz, aspecto sobre el que no hay controversia; por lo tanto, tenía la obligación de pagar el salario hasta esa calenda, así lo hubiese hecho sobre lo que consideraba le correspondía tal como lo hizo con abril de ese mismo año, omisión que no puede enmarcarse dentro del postulado de la buena fe, pues no se esgrimió por parte del empleador fundamento alguno que permitiera eximirlo.

En consecuencia, procede la imposición de la indemnización moratoria en los términos establecidos en el artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002. En este orden, como quiera que el contrato finalizó el 5 de junio de 2015, y la demanda se presentó el 11 de octubre de 2016, la citada indemnización corresponderá a una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, y a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria; que para el caso corresponde a un salario diario de \$200.000 desde el 6 de junio de 2015 hasta el 5 de junio de 2017, lo que equivale a \$144.000.000, y a partir de esta data se causan los intereses moratorios hasta cuando se cancelen los salarios adeudados que dan lugar a dicha sanción.

De conformidad con lo expuesto, se revocará parcialmente la decisión de primer grado, en cuanto a la absolución por la indemnización por despido injusto y la sanción moratoria, para en su lugar, impartir condena por estos conceptos, acorde con lo expuesto en líneas anteriores,

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, 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

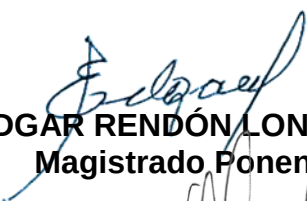
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, única y exclusivamente, con el fin de **CONDENAR** a la Fraternidad Misionera de la Cruz a reconocer y pagar a la demandante MYRIAM MUÑOZ ÁLVAREZ:

- La suma de \$24.777.777,78 por concepto de indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa conforme el artículo 6° de la Ley 50 de 1990 (art. 64 CST), suma que deberá ser indexada hasta la fecha del pago efectivo.
- La suma de \$144.000.000 por concepto de indemnización moratoria generada entre el 6 de junio de 2015, hasta el 5 de junio de 2017; a partir del mes 25, se causan los intereses moratorios hasta cuando se cancelen los salarios adeudados que dan lugar a dicha sanción.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo los demás la sentencia apelada proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la Fraternidad Misionera de la Cruz. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

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	110013105036201900448-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUZ ELENA MORALES CEBALLOS
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. - OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **LUZ ELENA MORALES CEBALLOS** se **declare** ineficaz el 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 la AFP Old Mutual, por omisión al deber de información; en consecuencia, se ordene a esas AFPs trasladar a Colpensiones todos los valores que tenga depositados o que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos generados; que se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada del RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 001, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 6 de julio de 1964; que se afilió al ISS el 6 de junio de 1985, y allí permaneció hasta el mes de julio de 1997, acumulando 320 semanas; que en el mes de agosto de 1997, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir, y el 1º de junio de 2013, se vinculó con Old Mutual y hasta la actualidad, sumando en total 1.480 semanas.

Indicó que, ninguna de las dos AFP le explicó en qué consistía el RAIS ni le hicieron proyecciones pensionales con el fin de verificar qué régimen le convenía más; que no le brindaron información clara, concreta y precisa referente a las consecuencias de carácter económico a las que estaba expuesta; que tampoco le notificaron que podía regresar al RPM antes de los 47 años de edad; que realizada la simulación de su mesada pensional a sus 57 años de edad en la AFP Old Mutual sería de \$1.055.606 y en Colpensiones equivaldría a \$2.360.042.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (Carpeta 06 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, que estuvo afiliada al ISS y las semanas aportadas; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a terceros. Propuso como excepción previa la de falta de jurisdicción y/o competencia por ausencia de agotamiento administrativo ante entidad pública artículo 100 CGP, y artículo 6 CPTSS, la cual se declaró no probada en audiencia pública celebrada el 29 de abril de 2022.

De fondo, propuso 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 de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada.

La **AFP OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA** contestó (Carpeta 03 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que el traslado a esa AFP se hizo efectivo

a partir del 1° de junio de 2013, y hasta la actualidad, y la simulación pensional realizada en el RAIS; 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, cumple a cabalidad con el deber de información; que siempre ha manifestado las condiciones que por ley le corresponde realizar respecto de su función como AFP; que ilustró a la actora sobre la posibilidad de poder adquirir los beneficios que posee el RAIS; que desde su nacimiento ha contado con departamentos especializados, donde capacitan a todos sus funcionarios y especialmente a sus asesores comerciales para que puedan explicar de manera satisfactoria, las características, particularidades, bondades y limitaciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo finalmente el afiliado quien elige a que régimen pertenecer, no obstante, señaló que la demandante provenía de otro fondo privado, por ende, ella ya había seleccionado el RAIS y conocía su funcionamiento, beneficios y particularidades. Formuló como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

A la **AFP PORVENIR** se le tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 5 de noviembre de 2021 (Carpeta 10 carpeta 1ª inst. exp digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 29 de abril de 2022 (carpeta 17 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora LUZ ELENA MORALES CEBALLOS del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1° de septiembre de 1997 a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, así como lo descontado 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: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. 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 esta 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.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Líquidense como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV a cargo cada una de ellas.

(...)

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 el 03 de julio de 1997, había suscrito formulario de traslado de régimen con Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de septiembre de igual año, y posteriormente en junio de 2013 se vinculó a Skandia.

Precisó que, para la fecha en que la demandante suscribió el formulario de traslado al RAIS con la AFP Porvenir en el año 1997, 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 1997, 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 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 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 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.

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 a la demandante los elementos de juicio claros y objetivos, no obstante, ni Porvenir ni Skandia habían aportado ningún elemento de juicio que llevara al convencimiento de que a la señora Morales se le hubiese suministrado información necesaria, pertinente y conducente para que ésta tomara una decisión informada en un asunto neurálgico como lo era el cambio de régimen pensional. Que de esa manera y acorde con los lineamientos jurisprudenciales declarararía la ineficacia del traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que el presente asunto no existió un error de hecho sino de derecho que con el paso del tiempo fue subsanado, no solo con la voluntad que plasmó la actora al momento de suscribir el formulario de vinculación la AFP Porvenir sino también con el tiempo que permaneció allí.

Expuso que, conforme la jurisprudencia el deber de información ha venido variando con el paso del tiempo, que para el año 1997, cuando la actora se cambió de régimen la Ley 100 de 1993, establecía que la elección debía ser el resultado del conocimiento de las características de cada régimen pensional, la misma no exigía

hacer comparaciones o simulaciones teniendo en cuenta el número de semanas, la edad o fluctuaciones del mercado, más aún cuando la señora Morales estaba inmersa en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Indicó que, no era posible retrotraer los efectos de un negocio jurídico que ella celebró de forma libre, voluntaria y sin presiones y sobre el cual no se interesó faltando a sus obligaciones como consumidor financiero, luego no era de recibo culpar solamente a las AFP de la negligencia en la cual también ella fue parte. Añadió que Colpensiones es un tercero que no tuvo ninguna injerencia en ese cambio de régimen, y aun así está siendo condenada, sin tenerse en cuenta que, aunque se devuelva por parte de los fondos privados todo el capital de la actora, este no es suficiente para financiar su prestación, afectándose a si el principio de la sostenibilidad financiera del sistema.

La **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de ineficacia no era aplicable a este asunto, porque la demandante había realizado válidamente su traslado de régimen pensional a través de esa AFP, que este fue informado, libre y voluntario sin que hubiese mediado coerción por parte de ese fondo, además que se había cumplido con la normatividad vigente para el año 1997.

Indicó que, si bien el deber de información ha existido desde la creación del RAIS, este ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial que ha hecho más exigente este con el paso del tiempo y que para 1997, correspondía a una información necesaria, veraz y suficiente, «*pero nada más*». Agregó que la firma del formulario además de implicar la elección y aceptación de las condiciones del RAIS también significaba que la potencial afiliada conocía las características de este régimen, por ende, era un documento suficiente para probar el deber de información requerido.

Sostuvo que, se apartaba de la condena a devolver los gastos de administración, porque estos se descontaban por ministerio de la ley, y porque tienen como fin remunerar a las AFP por la gestión que realizan con el capital de sus afiliados que es lo que finalmente genera los rendimientos financieros, y admitir que se deben entregar a Colpensiones se estaría avalando un enriquecimiento sin causa en favor de esta última.

Expuso que lo pagado por seguros previsionales se encontraba en poder de la aseguradora por lo que no era posible reintegrárselos a Colpensiones, máxime que la

demandante durante su vinculación con Porvenir estuvo cubierta por los riesgos de invalidez y muerte, tal como lo establecía la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última 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 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 LUZ ELENA MORALES CEBALLOS nació el 06 de julio de 1964; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 06 de junio de 1984, al 31 de julio de 1997, un total de 320 semanas (carpeta 02, carpeta 1ª inst. exp. digital); *iii)* que el **03 de julio de 1997**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir, la cual se hizo efectiva a partir del 1º de septiembre de ese mismo año y hasta el periodo mayo de 2013 (carpeta 01, carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iv)* que se trasladó a la AFP Old Mutual hoy Skandia mediante formulario firmado el 16 de abril de 2013, con fecha de efectividad a partir del 1º de junio de igual año, y allí permanece hasta la actualidad (carpeta 02, 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 **–03 de julio de 1997–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, en el presente caso Porvenir no allegó prueba alguna tendiente a demostrar que cumplió con el deber de información en los términos ya señalados, pues en este asunto, ni siquiera se allegó el formulario de afiliación sobre el que esta AFP funda su recurso de apelación, pero si en gracia de discusión se hubiese allegado este documento, se debe poner de presente que la Corte Suprema de Justicia frente a este ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación*

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

Ahora, también es oportuno recordar 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 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.

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 adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

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

otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que 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 con fecha de efectividad 1° de septiembre de 1997, al RAIS a través de la AFP Porvenir, con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia, lo que incluye la vinculación realizada con posterioridad a la AFP Old Mutual.

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 Colpensiones y la AFP Porvenir, como quiera que sus recursos de alzas no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

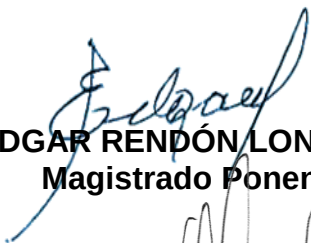
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

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 Colpensiones y la AFP Porvenir. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

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	110013105036202000502-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	DARÍO GARZÓN GARZÓN
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo 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 **DARÍO GARZÓN GARZÓN** se **declare** ineficaz el 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 Colfondos y posteriormente a la AFP Porvenir, por omisión al deber de información; en consecuencia, se ordene a esas AFPs trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; que se **ordene** a Colpensiones tenerlo como afiliado del RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (carpeta 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que inició a hacer sus aportes a pensión a través del RPM donde acumuló 1.087 semanas, que para el 1º de abril de 1994, tenía 41 años,

y que en la actualidad la única administradora del RPM es Colpensiones; que el 21 de mayo de 2001, se afilió al RAIS a través de la AFP Colfondos, que posteriormente el 26 de agosto de 2004, se vinculó a la AFP Horizonte hoy Porvenir, y el 21 de octubre de 2005, retornó a Colfondos.

Agregó que, para el año 2001, el asesor de la AFP Colfondos le aseguró que el ISS pensiones y las demás cajas de pensión del sector público serían liquidados con lo que su afiliación a este fondo era necesario para continuar con sus aportes a pensión y no perder las semanas; que no le explicó: i) de forma clara y comparada cuáles eran las diferencias entre el RPM y el RAIS, ni las ventajas y desventajas de cada uno; ii) que su pensión en el RAIS estaría sujeta no solo a sus aportes, sino al manejo financiero que efectuara el fondo de sus aportes, a su proyección de vida probable y la de sus beneficiarios, entre otros; iii) que de sus aportes se haría un descuento por parte del fondo de pensiones correspondiente a cuotas de administración; iv) sobre la pérdida de posibles beneficios en el RPM; y v) la posibilidad que tenía de regresar al RPM antes del cumplimiento de los 52 años.

Expuso que, la AFP Horizonte hoy Porvenir, tampoco desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPM al RAIS, no le explicó cuáles podrían ser los beneficios ofrecidos por el RPM, en caso de que decidiera retornar a ese fondo de pensiones, y no indagó sobre su situación pensional, no le reveló los beneficios o desventajas que podría representar para él su permanencia en el RAIS.

Refirió que, Colfondos le informó que su mesada pensional a los 68 años de edad sería de \$3.694.534; que su IBL es de \$13.261.603 por lo que en Colpensiones le hubiese correspondido una mesada de \$9.673.827; que en octubre de 2020, radicó peticiones ante Colpensiones y Colfondos solicitando la afiliación nuevamente al RPM por cuando el traslado al RAIS estaba afectado de ineficacia, pero que ambas entidades legaron lo peticionado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (Carpeta 09 carpeta 1ª inst. exp digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor cotizó al RPM 1.087 semanas a través de distintas cajas de previsión social; 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 falta de legitimación en la causa por pasiva, 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 de Colpensiones, 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.

La **AFP COLFONDOS** contestó (Carpeta 08 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la edad del actor al 1º de abril de 1994; que este se trasladó al RAIS mediante la firma de un formulario de afiliación a Colfondos en 2001; que se pasó a Porvenir pero que en 2005, retornó a este y allí permanece hasta la actualidad, que realizó una simulación pensional y que presentó petición que fue negada; 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 todos sus afiliados les informa, como se liquidan las pensiones en el RAIS Vs. RPM, las condiciones, requisitos, ventajas y desventajas, de cada régimen pensional, incluyendo una asesoría sobre bonos pensionales y aportes a pensiones voluntarias, explicándoles que los mismos ayudaran a financiar su pensión, la naturaleza propia del RAIS, donde se le informó que en este la pensión se construye con el ahorro pensional que acumula el afiliado, así como de las correspondientes rentabilidades arrojadas durante los años en que efectuó sus aportes y que para obtenerla dicho monto debe por lo menos financiar una pensión equivalente al 110% del salario mínimo, y en caso de no lograrlo le ofrece la Garantía de Pensión Mínima para aquellos afiliados que a las edades de 57 años (mujer) o 62 (hombre) tuviesen 1.150 semanas cotizadas, y que agoto todos los requisitos legales y exigible por la ley para brindar al afiliado toda la información de manera eficaz, oportuna y clara, dando siempre la posibilidad al afiliado de comunicarse con la entidad de la manera más sencilla como lo son sus canales electrónicos, y también de manera enviaba extractos de la cuenta individual de pensión al afiliado, así mismo daba contestación a sus inquietudes y requerimientos.

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

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (Carpeta 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, indicó que no le constaban o que no eran ciertos. Aclaró que, el actor se afilió a la AFP Horizonte en el 2004 de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informado, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en el formulario de afiliación, que es un documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP, y el parágrafo del artículo 54 A del CPTSS; que siempre le garantizó el derecho de retracto del afiliado. Agregó que, sin perjuicio de lo anterior, a la parte demandante le aplicaba la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Planteó 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 2 de mayo de 2022 (carpeta 16 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora DARÍO GARZÓN GARZÓN del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 22 de mayo de 2001 a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, así como lo descontado 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: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. 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 esta 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 y falta de legitimación en la causa por pasiva.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Líquidense como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV a cargo cada una de ellas.

(...)

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 el actor el 21 de mayo de 2001, había suscrito formulario de traslado de régimen con la AFP Colfondos, el cual se hizo efectivo a partir del día siguiente; que posteriormente el 26 de agosto de 2004 se vinculó a la AFP Horizonte hoy Porvenir; que retornó a Colfondos el 26 de septiembre de 2005.

Precisó que, para la fecha en que el demandante suscribió el formulario de traslado al RAIS con la AFP Colfondos 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, 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 2001 el mismo debía observarse en su primera etapa; 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 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 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 al promotor 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 Colfondos ni Porvenir habían aportado ningún elemento de juicio que llevara al convencimiento de que al señor GARZÓN se le hubiese suministrado información necesaria, pertinente y conducente para que ésta tomara una decisión informada en un asunto neurálgico como lo era el cambio de régimen pensional. Que de esa manera y acorde con los lineamientos jurisprudenciales declararía la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Finalmente indicó que, el demandante al momento de su traslado al RAIS estaba vinculado a Cajanal, entidad que fue liquidada, pasando sus afiliados a Colpensiones, razón por la cual sería esta última quien debía recibirlo en el RPM.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando se de aplicación a la sentencia CSJ SL373-2021, ya que si bien el actor aún no tiene reconocida la calidad de pensionado, lo cierto era que ya superaba la edad de pensión y cumplía con los

requisitos para acceder a una prestación por vejez en el RAIS, además que en esa providencia se indicó que los fondos privados que omitieron cumplir con el deber de información deben resarcir los daños causados a los afiliados reparando los perjuicios a los que haya lugar y no generando un detrimento a tercero, como en este caso lo sería Colpensiones.

Indicó que, debía tenerse en cuenta el nivel académico del actor al momento de la afiliación al RAIS, pues este era abogado y por tanto tenía la calidad de afiliado experto al tener pleno conocimiento del negocio jurídico que estaba realizando cuando decidió firmar cada uno de los formularios de afiliación a los diferentes fondos privados.

Argumentó que, conforme la jurisprudencia el deber de información ha venido variando con el paso del tiempo, que para el año 2001, cuando el actor se cambió de régimen la Ley 100 de 1993, establecía que la elección debía ser el resultado del conocimiento de las características de cada régimen pensional, para esa época era imposible para los promotores del fondo privado prever en qué condiciones serían las cotizaciones pensionales del demandante en el futuro, es decir, si serían continuas, sobre el mismo IBC, si el afiliado tendría hijos o demás factores que varían las condiciones pensionales en el RAIS.

Sostuvo que, la firma del formulario de afiliación con Colfondos era totalmente válida, y que no había lugar a declarar su ineficacia, porque ello lo había hecho de forma libre y sin presiones, además que cada caso debía estudiarse de forma particular. Señaló que, aunque en el año 2001, el demandante no hubiese recibido una asesoría adecuada por parte del fondo privado con respecto a las características de cada régimen pensional, esa situación se saneó por el paso del tiempo, porque el señor Garzón estuvo varios años en el RAIS sin estar inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, teniendo tiempo de sobra para indagar sobre su futuro pensional y optar por retornar al RPM si eso era lo que en verdad quería.

Advirtió que, aun cuando la AFP regrese al RPM todos los aportes del actor, 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, recurre la condena en costas impuesta 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 argumentando que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 2003, los autorizaba realizar descuentos, con el fin de *«financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes»*.

Indicó que, también en el RPM se descontaban gastos de administración, además que estos no estaban destinados a financiar la pensión de vejez en ninguno de los dos regímenes, por ende, esos rubros no le pertenecen al afiliado si no la entidad que administre sus aportes; y que frente a estos aplicaba el fenómeno de la prescripción.

Consideró que, la devolución de los gastos de administración a Colpensiones le va a generar un enriquecimiento sin causa porque no existe norma que exija la restitución de esos conceptos, además que Colpensiones desde el año 2001 no administra las cotizaciones del señor Garzón.

Expuso que, lo pagado por seguros previsionales se encontraba en poder de la aseguradora por lo que no era posible reintegrárselos a Colpensiones, máxime que el demandante durante su vinculación con Porvenir estuvo cubierto por los riesgos de invalidez y muerte, tal como lo establecía la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última 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 Colfondos, y posteriormente a otras AFPs, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los 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 el señor DARÍO GARZÓN GARZÓN nació el 09 de diciembre de 1952; **ii)** que aportó a CAJANAL y con FONPRECON hasta el 14 de julio de 2004 (carpeta 01, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que el **21 de mayo de 2001**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos, la cual se hizo efectiva a partir del día siguiente (carpeta 08, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iv)** que se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir mediante formulario firmado el 30 de julio de 2004, con fecha de efectividad a partir del 1º de octubre de igual año (carpeta 07, carpeta 1ª inst. exp. digital); y **v)** que el 26 de septiembre de 2005, retornó a Colfondos donde permanece en 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 la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**21 de mayo 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 Colfondos que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Resulta pertinente indicar, que ese deber de información debe cumplirse absolutamente siempre, con independencia de si el potencial afiliado es una persona con estudios académicos superiores, como por ejemplo abogado o con cargos laborales directivos o subdirectivos, ya que, esto no implica de ninguna manera que conozca el sistema pensional, configurándose como un afiliado lego en este puntual tema, y la AFP como la experta, y es que no puede ser de otra manera, pues los fondos privados cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **21 de mayo 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).

Ahora, también es oportuno recordar 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 Colfondos a Horizonte, y luego de Horizonte a Colfondos, 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.

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 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.

De otra parte, resulta pertinente aclarar, que en este asunto no es aplicable la sentencia CSJ SL373-2021, porque allí lo que se indicó fue que pese a encontrarse probado que la AFP no cumplió con su deber de información no podía retornarse al demandante al RPM porque ya ostentaba la calidad de pensionado del RAIS, es decir, tenía una situación jurídica consolidada que no era razonable revertir o retrotraer, y en este asunto el señor Garzón es afiliado, no pensionado y pese a que hipotéticamente tenga un derecho adquirido, lo que no puede retrotraerse es la calidad de pensionado en el RAIS, la cual en este asunto no está reconocida aún.

Adicionalmente, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL5655-2021, en la cual se definió que, una vez declarada la ineficacia, procedía el regreso de los afiliados de Cajanal, al régimen de prima media, hoy administrado por Colpensiones. Allí se indicó:

(...) 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 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 con fecha de efectividad 22 de mayo de 2001 al RAIS a través de la AFP Colfondos, con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia, lo que incluye la vinculación realizada con posterioridad a la AFP Horizonte hoy Porvenir.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen 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 Colpensiones y la AFP Porvenir, como quiera que sus recursos de alzadas no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

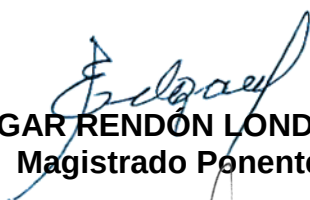
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

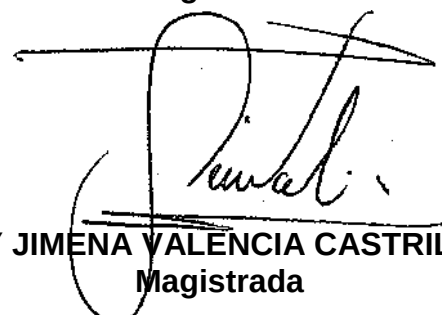
PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

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	110013105037201900763-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JOSÉ ALFREDO GUERRERO MONROY
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 (30) días del mes de marzo 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 ALFREDO GUERRERO MONROY** 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 Colmena hoy Protección y posteriormente a Horizonte hoy Porvenir, por omisión al deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación al RAIS; 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, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 2-5 archivo 001, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 12 de enero de 1958; que se afilió al RPM y aportó desde el 25 de octubre de 1986, hasta el 31 de diciembre de 1995, un total de 188 semanas; que el 15 de febrero de 1996, se trasladó al RAIS a través de la AFP Colmena hoy Protección, porque los asesores de este fondo le manifestaron que se pensionaría con un monto superior al del ISS y a una menor edad; y que el 26 de septiembre de 2012, se vinculó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. donde permanece hasta la actualidad.

Narró que, la información dada por Colmena no fue completa, ni veraz ni acorde con su situación y que tampoco le suministraron datos suficientes que le permitieran tomar una decisión consciente acerca de cuál era el régimen pensional que más le convenía; que por error se afilió a Colmena y a Horizonte con la confianza y certeza que sus beneficios pensionales le serían más favorables que los ofrecidos por el ISS, pero que con el paso del tiempo se dio cuenta que las promesas realizadas al momento de la afiliación no se ajustaban a la realidad pues dicho traslado significaba una disminución en su mesada pensional superior al 70% de la que le otorgaría el ISS hoy Colpensiones.

Expuso que, el asesor de Colmena no le informó que su mesada en el RAIS sería inferior a la que posiblemente le correspondería en el RPM, ni le elaboró una proyección que le permitiera visualizar el momento de su prestación, para poder tomar una decisión consciente. Y que tampoco le informaron que el Decreto 3800 de 2003, había concedido un periodo de gracia para retornar al RPM; que en mayo de 2019, solicitó ante Colpensiones y Porvenir la nulidad del cambio de régimen pensional, pero que ambas negaron lo peticionado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que 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, las de 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 (archivo 6 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, y que este firmó formulario de afiliación con esa AFP el 15 de febrero de 1996; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que esa AFP siempre realiza un estudio previo y particular sobre el caso concreto de cada potencial afiliado y su situación jurídica, que para este caso se había determinado que el actor no era beneficiario del régimen de transición y se le había «*realizado proyecciones pensionales verbales*», que se le explicaron las diferencias entre el RPM y el RAIS y se le dejó claro cuáles eran las prestaciones y los requisitos para acceder en uno y en otro régimen, y que fue él quien libre y voluntariamente escogió el RAIS.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la proyección pensional realizada a la parte demandante no constituye prueba de la diferencia en el monto de la pensión, buena fe, traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 6 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, solo aceptó la fecha de vinculación con esa AFP y la petición radicada en mayo de 2019; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que el actor contó con una asesoría completa, clara y veraz sobre las características de los dos regímenes pensionales junto con sus ventajas y desventajas; que al momento de su vinculación ella ya contaba con 54 años de edad, por lo que ya estaba inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que cualquier información no generaría cambios en su futuro pensional.

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 24 de febrero de 2022 (archivo 21 exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó el demandante señor JOSÉ ALFREDO GUERRERO MONROY del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA que tuvo como fecha de suscripción el 15 de febrero de 1996. En consecuencia, DECLARO válida la afiliación del 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 a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros, e igualmente costos cobrados por administración, de conformidad con la parte motiva de la decisión.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: SIN COSTAS.

QUINTO: ABSOLVER de las pretensiones invocadas a PROTECCIÓN S.A.

(...)

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 Colmena el 15 de febrero de 1996, data para la que el actor contaba con 621 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, no se podía extraer una confesión, pues no se logró establecer que Colmena hubiese entregado la información en los términos aquí exigidos, pues este indicó que el asesor de esa AFP realizó una reunión en la que le contaron sobre los beneficios de ese régimen, que tendrían una mejor pensión respecto de la que le correspondería en Colpensiones, que tendría rendimientos financieros, que sus aportes irían a una cuenta de ahorro individual y sobre la posibilidad de hacer aportes voluntarios, y que no le hablaron nada acerca de las características del RPM. Concluyó que, pese a que le informaron algunas características propias del RAIS, lo cierto es que debían explicárselas todas, al igual que las condiciones, acceso, efectos y riesgos del RAIS, brillando por su ausencia manifestación alguna respecto del RPM, por ende, sostuvo que declarar la ineficacia del traslado de régimen, lo que incluía la vinculación que se realizó con posterioridad a la AFP Horizonte hoy Porvenir.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que no desconoce que las AFP desde su creación tenían el deber de información, pero que no era dable exigirle a Colmena el cumplimiento de este en la forma en que actualmente se hace, porque para 1996 cuando al demandante se cambió de régimen,

el deber de información se encontraba en su primera etapa, y se había demostrado que a este se le había entregado una información sobre las características propias del RAIS, y que finalmente fue el actor quien decidió afiliarse a esa AFP en busca de sus propios beneficios.

Consideró que las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales estaban consignadas en la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios, normatividad que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por lo que no era dable alegar la ignorancia como excusa a su favor para endilgarle a la AFP la responsabilidad de haber omitido informarse al respecto, más cuando el demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria ejerciendo su derecho de libre escogencia de régimen pensional.

Sostuvo que, el promotor del litigio incumplió con sus deberes como consumidor financiero, puntualmente el de informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones, aprovechar los mecanismos de divulgación de la información y capacitación para conocer el funcionamiento del sistema pensional, y los derechos y obligaciones que le corresponden, que tampoco empleó la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, entre otras, el traslado. Que el actor no era un afiliado lego y, por tanto, debía hacerse parte en el negocio jurídico, y cumplir con el deber legal de cuidado frente al formulario que estaba suscribiendo.

Finalmente, 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.

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 la demandante a través de la AFP Colmena hoy Protección y posteriormente a otra AFP, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor JOSÉ ALFREDO GUERRERO MONROY nació el 12 de enero de 1958; **ii)** que se afilió al ISS donde aportó desde el 09 de febrero de 1978, al 31 de diciembre de 1995, un total de 621 semanas (carpeta 13, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que el **15 de febrero de 1996**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Colmena hoy Protección el cual se hizo efectivo a partir del 1° de marzo de igual año (f.° 31-33 archivo 6 carpeta 1ª inst. exp. digital); y **iv)** que el 26 de septiembre de 2012, se vinculó con la AFP Horizonte hoy Porvenir y allí permanece hasta la actualidad (f.° 22-23 archivo 7 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 –**15 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 Colmena hoy Protección que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **15 de febrero 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 Protección a Porvenir, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

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.** (Negritillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar

la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negritas fuera del texto original).

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

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

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

Adicionalmente, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL5655-2021, en la cual se definió que, una vez declarada la ineficacia, procedía el regreso de los afiliados de Cajanal, al régimen de prima media, hoy administrado por Colpensiones. Allí se indicó:

(...) 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 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 adicionar y modificar la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN y a la AFP PORVENIR S.A., el traslado 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 del 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.

COSTAS

Sin Costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **ORDENAR:**

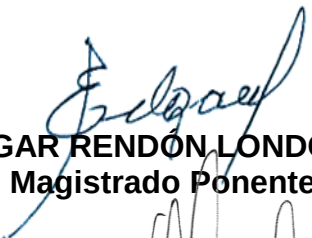
- A la **SOCIEDAD MINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, esto es, entre el 1° de marzo de 1996 y el 31 de octubre de 2012. 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 la **SOCIEDAD MINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.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 noviembre de 2012, y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima 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 el 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: 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	110013105041202100131-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	DORA ESPERANZA MORALES HERNÁNDEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo 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 **DORA ESPERANZA MORALES HERNÁNDEZ** se **declare** nulo o ineficaz el 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 todos los valores recibidos con motivo de su afiliación, así como los bonos pensionales y los rendimientos causados, y se le paguen los perjuicios morales ocasionados; que se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada del RPM como si nunca hubiese estado en el RAIS; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 1º de noviembre de 1963; que se afilió al ISS donde aportó desde el 24 de mayo de 1984, hasta el 29 de febrero del 2000,

acumulando 502 semanas; que en el mes de marzo de 2000, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir, que los asesores de esta última le dieron información generalizada y no personalizada respecto de sus circunstancias pensionales, pues no le indicaron: i) que de su cuenta se debitaría un porcentaje destinado a gastos de administración, a primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, a prima de reaseguros de Fogafín y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS; ii) que conforme a su caso concreto cuál de los dos regímenes pensionales le convenía más; iii) las condiciones o requisitos para adquirir la pensión en el RAIS ni como se liquidaría o la tasa de reemplazo; iv) que después de su traslado a esa AFP tampoco le brindó asesoría sobre su situación pensional y la expectativa real de pensión; v) las ventajas y desventajas que conllevaba dicho cambio de régimen; y iv) ni sobre el derecho de retracto o la posibilidad de retornar al RPM.

Narró que, el 22 de abril de 2021, solicitó ante Colpensiones y la AFP Porvenir el traslado al RPM, pero que ambas entidades negaron lo peticionado; que cuenta con 1.560 semanas cotizada según su historia laboral, y que al hacer el cálculo de su prestación en Colpensiones le correspondería \$2.343.604 mientras que en Porvenir le correspondería un SMMLV.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 13 carpeta 1ª inst. exp digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, que se afilió al ISS, y que presentó la petición referida; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

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 de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia CSJ SL373-2021 y la innominada.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 12 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la

fecha de nacimiento de la actora; que el 9 de febrero del 2000 suscribió el formulario de afiliación con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR y que solicitó el traslado a Colpensiones; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos. Aclaró que al momento de suscribir el formulario a la actora se le suministró información clara, oportuna, suficiente y cierta, sobre el funcionamiento, condiciones y características del RAIS, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993.

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

Formuló 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 Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 07 de marzo de 2022 (archivo 19-20 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por DORA ESPERANZA MORALES HERNÁNDEZ del RPMPD al RAIS.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

(...)

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que de acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los trabajadores tenían la opción de elegir «libre y voluntariamente» el régimen pensional que mejor les convenía y consulte sus intereses, pero que esa expresión necesariamente presuponía conocimiento, lo cual solo era posible alcanzar cuando se conocían a plenitud las consecuencias del cambio de régimen.

Explicó 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, que no desconocía que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esa exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría, lo que era relevante, pues implicaba la necesidad, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, que para este caso lo fue en el año 2000, data para la cual la AFP debía ilustrar al afiliado sobre 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.

Sostuvo que, en estos procesos operaba la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, por ende, le correspondía a la AFP demostrar que sí brindó la información en esos términos; y que ni la legislación ni la jurisprudencia exigía para que procediera la ineficacia del traslado, contar con una expectativa pensional o derecho causado, dado que la violación del deber de información se predicaba frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Indicó que, Porvenir no cumplió con la carga probatoria de acreditar que le ofreció a la demandante una ilustración objetiva, suficiente y oportuna en atención a su situación pensional sobre los efectos del cambio de régimen realizado en el año 2000; que si bien se había allegado el formulario de afiliación a esa AFP este no permitía evidenciar que en efecto se hubiese suministrado la información en los términos citados, máxime que la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, había fijado el criterio de 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 a lo sumo, acreditaba un consentimiento, pero no informado.

Sostuvo que, del interrogatorio de parte realizado a la actora no se podía extraer una confesión, pues era evidente que la AFP Horizonte hoy Porvenir no la había ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en consecuencia, concluyó que declarararía la ineficacia del traslado al RAIS efectuado el 09 de febrero del 2000.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que el *a quo* no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica en el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno de buena fe en el negocio jurídico que celebró la demandante con Porvenir, y en atención a que los efectos de la misma son inter partes, en caso de declaratoria de ineficacia la apelante no podía ser favorecida ni perjudicada, por lo que solicitaba no le ordene recibir a la demandante, pues ello además afectaría el equilibrio financiero del sistema.

Refirió que, en caso de que la decisión sea confirmar la ineficacia del traslado, peticionó que se condene a la AFP Porvenir que es quien incumplió con el deber de información pague a Colpensiones los perjuicios económicos que con ello se generen, ya que, quien causa un daño es quien debe repararlo y no un tercero.

La **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de ineficacia no era aplicable a este asunto, porque la demandante había realizado válidamente su traslado de régimen pensional a través de esa AFP, que este fue informado, libre y voluntario sin que hubiese mediado coerción por parte de ese fondo, además que se había cumplido con la normatividad vigente para el año 2000.

Indicó que, si bien el deber de información ha existido desde la creación del RAIS, este ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial que ha hecho más exigente este con el paso del tiempo; que para el 2000, correspondía a una información necesaria, veraz y suficiente, «*pero nada más*». Agregó que, la firma del formulario además de implicar la elección y aceptación de las condiciones del RAIS también significaba que la potencial afiliada conocía las características de este régimen, por ende, era un documento suficiente para probar el deber de información requerido.

Advirtió que, la demandante tuvo múltiples oportunidades para retornar al RPM pero no lo hizo, ya que cuando se trasladó al RAIS la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, estaba en su redacción original.

Sostuvo que, se apartaba de la condena a devolver los gastos de administración, porque estos se descontaban por ministerio de la ley, y porque tienen como fin remunerar a las AFP por la gestión que realizan con el capital de sus afiliados que es lo que finalmente genera los rendimientos financieros, y admitir que se deben

entregar a Colpensiones se estaría avalando un enriquecimiento sin causa en favor de esta última.

Expuso que, lo pagado por seguros previsionales se encontraba en poder de la aseguradora por lo que no era posible reintegrárselos a Colpensiones, máxime que la demandante durante su vinculación con Porvenir estuvo cubierta por los riesgos de invalidez y muerte, tal como lo establecía la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última 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 la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora DORA ESPERANZA MORALES HERNÁNDEZ nació el 1° de noviembre de 1963 (f.° 67 archivo 01 carpeta 1ª inst exp digital); *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 24 de mayo de 1984, al 29 de febrero del 2000, un total de 514,43 semanas (carpeta 13.1, carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* que el **09 de febrero del 2000**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Horizonte hoy Porvenir, la cual se hizo efectiva a partir del 1° de abril de igual año, y allí permanece hasta la fecha (f.° 32-33 y 63 archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en 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 **–09 de febrero del 2000–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP 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 09 de febrero del 2000, 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).

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.

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 adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que 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 apelada, proferida por el Juzgado Cuarenta y uno Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir 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 abril del 2000, y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia,, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esta administradora, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta 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 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).

Por último, respecto de la condena en perjuicios a la AFP referida por Colpensiones en el recurso de alzada, advierte la Sala que esta no es procedente, porque estos no fueron reclamados dentro del proceso y no se encuentran debidamente acreditados en este, por lo que, de entrar esta Colegiatura a analizar ese tema, constituiría un hecho o medio nuevo no debatido en primera instancia. No

obstante, Colpensiones se encuentra en la libertad de interponer las acciones que considere necesarias en pro de resarcir los perjuicios que considere ocasionados.

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 la AFP Porvenir, 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: MODIFICAR Y ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Cuarenta y uno Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de abril del 2000, y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima 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 Porvenir S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

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	11001310500120180010802
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ELVIRA AÑEZ CASTRO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo 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 **Elvira Añez Castro** se **declare** 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 la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., por incumplimiento de los deberes legales de información. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a esta a trasladar a Colpensiones, los aportes de la cuenta de ahorro individual, bono pensional, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubieren causado; que se condene al reconocimiento de la pensión de vejez, bajo los parámetros del régimen de transición, a partir del 1 de noviembre de 2013, junto con el valor del retroactivo, reajustes legales e indexación; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 91 a 93 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 23 de enero de 1956; que empezó

a cotizar para su pensión al ISS desde el 16 de enero de 1978 y hasta el 31 de agosto de 2000, acreditando 915 semanas; que firmó formulario de afiliación a la Administradora de Fondo de Pensiones Colpatria en el mes de julio de 2000; que por fusiones comerciales la AFP Colpatria hoy está representada Por Porvenir S.A.; que para la fecha afiliación al RAIS contaba con 915 semanas cotizadas y 44 años de edad; que Porvenir no le informó las ventajas que le representarían el hecho de permanecer en el RPM, ni la conveniencia de retornar a este régimen; nunca se le puso en conocimiento el impacto que tendría en su mesada pensional el hecho de que perdiera los beneficios de pensionarse bajo los parámetros del régimen de transición; que al momento de la afiliación, no fue ilustrada sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen; previo a la afiliación la AFP conocía el número de semanas cotizadas por ella, el promedio salarial con el cual venía cotizando.

Señaló que, efectuó cotizaciones para pensión a la Porvenir desde el 1 de septiembre de 2000, hasta el 30 de octubre de 2013; que a finales del año 2013, la demandante solicitó ante Porvenir, el reconocimiento de su pensión de vejez, la cual fue reconocida en febrero de 2014, en cuantía inicial de \$710.432, en modalidad de retiro programado; que Porvenir S.A. en el año 2014, le pone en conocimiento a la demandante que para poder acceder a una mejor pensión debe negociar el bono pensional; que para el año 2016, fue redimido y pagado su bono pensional a la AFP Porvenir S.A; que su mesada pensional fue reajustada a partir de octubre de 2016, en cuantía de \$2.174.307, en la modalidad de retiro programado; que el último salario sobre el cual cotizó en el año 2013, fue de \$6.978.000; que para la fecha del traslado del régimen, cotizaba sobre \$3.125.100; que en febrero de 2017, contrató una asesoría particular, a través de la cual le ilustraron que en el RPM con las mismas cotizaciones hubiese obtenido una pensión mensual de \$5.949.769; que la pensión que se encuentra devengado no es vitalicia y puede ser disminuida en cualquier momento.

Dijo que, debido a lo anterior, el día 17 de febrero de 2017, solicitó a la AFP que se estudiara y evaluara su caso con el fin de que procediera a reconocer que no existió asesoría profesional, seria, clara y completa; que el 7 de abril de 2017, solicitó ante Colpensiones para que procediera a reconocer la pensión por vejez, como quiera que existió vicio en el consentimiento al momento de suscribir la afiliación al RAIS en el 2000; que ninguna de las entidades demandadas han accedido a lo pretendido.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 141 a 165 y 171 a 192 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los

hechos, aceptó que la accionante nació el 23 de enero de 1956; que cotizó en el ISS desde el 16 de enero de 1978, hasta el 31 de agosto de 2000, acreditando un total 915 semanas; que solicitó el 7 de abril de 2017, el reconocimiento de la pensión ante esta entidad, argumentando que había existido un vicio en el consentimiento al momento de suscribir la afiliación al RAIS para el año 2000. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica.

A La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se le tuvo por no contestada la demanda, conforme auto de fecha 2 de febrero de 2022 (archivo 2, carpeta 1ª inst. exp. digital),

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de abril de 2022 (archivo 9 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: NEGAR todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora ELVIRA AÑEZ CASTRO identificada con C.C No. 35.456.882 en contra de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y PORVENIR S.A PENSIONES Y CESANTIAS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas en este caso PORVENIR S.A PENSIONES Y CESANTIAS y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES conforme también lo expuesto y reiterado a lo largo de la presente decisión de las pretensiones incoadas por la aquí demandante señora ELVIRA AÑEZ CASTRO.

TERCERO: Se declaran probadas la excepción propuesta por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de inexistencia del derecho y de la obligación, y se releva el Despacho del estudio de las demás excepciones propuestas por sustracción de materia, aunado a que se dio por no contestada en cuanto al fondo privado PORVENIR S.A.

CUARTO: Se CONDENA a la demandante en costas las cuales serán tasadas en su debida oportunidad

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que el traslado de régimen de la demandante se produjo en el año 2000, que de acuerdo con la prueba documental allegada, así como del interrogatorio de parte absuelto por la accionante, encontró acreditado que la señora Añez, se pensionó con el fondo privado demandado, hecho que, de acuerdo con lo establecido por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SI373 de 2021, da lugar a una situación jurídica consolidada y

un hecho consumado, por lo que sus efectos no pueden ser revertidos, debido a que podrían afectar los deberes y los derechos de relaciones jurídicas de un gran número de actores y un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones, por lo que no es dable declarar la ineficacia del traslado realizado por la accionante al RAIS, máxime, cuando ella ratificó su traslado al solicitar ante Porvenir el reconocimiento de la pensión por vejez a través de la modalidad de retiro programado en el año 2014, la cual se encuentra percibiendo actualmente.

RECURSO DE APELACIÓN

La señora **ELVIRA AÑEZ CASTRO** impetró recurso de apelación solicitando se revoquen la decisión proferida en primera instancia, para que en su lugar, se accedan a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, para el efecto señaló que en efecto con la sentencia SL373 de 2021 se estableció que no resulta procedente declaratoria de ineficacia cuando quien reclama es un pensionado, sin embargo, fue a través de esta sentencia que la Corte cambio su línea jurisprudencial, pues hasta esa fecha se tenía sentado que era procedente la declaratoria de ineficacia, sin importar si ya había sido reconocida las prestación por vejez, por lo tanto, como la demandante inició su proceso en marzo de 2018, claramente dicha sentencia no le resulta aplicable, por lo que solicita que se invalide el traslado de la demandante al RAIS y se disponga el reconocimiento de la pensión de vejez, como beneficiaria del régimen de transición, con cargo a Colpensiones.

Por lo tanto, solicita que, de no ser ello procedente, se proceda a reconocer en los términos de la sentencia SL373-2021, los perjuicios ocasionados a la accionante y con cargo a Porvenir, representado en el pago de la diferencia de las mesada que actualmente recibe, con la que le hubiese correspondido en el RPM, perjuicios que se encuentran probados con la historia laboral, el acto mismo de reconocimiento de la pensión y el informe actuarial comparativo entre lo percibido en el RAIS vs RPM, el cual no fue controvertido por las parte y refleja que la pensión mensual de la señora Añez en Colpensiones hubiera sido por el orden de \$5.949.769; lo anterior teniendo en cuenta que Porvenir incumplió con el deber de información y que el traslado de la demandante no estuvo precedido de información clara y suficiente, hecho que generó un perjuicio latente y flagrante que se representa en la disminución de la mesada pensional, aunado a que, el fondo privado tampoco le informó sobre la posibilidad de retornar al RPM, en virtud de la sentencia SU-062 de 2010, de la cual resultaba ser beneficiaria, debido a que era beneficiaria del régimen de transición.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colpatria, hoy Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si el status de pensionado del que goza la demandante permite que sean trasladados a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS, y se le reconozca la pensión de vejez, como beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Elvira Añez Castro nació el día 23 de enero de 1956, (fº 22, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que realizó cotizaciones en pensión al ISS, hoy Colpensiones desde el 16 de enero de 1978, hasta el 31 de agosto de 2000, para un total de 915 semanas (fº 23 a 25 archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el **27 de julio de 2000**, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, (f.º 26 archivo 1, carpeta 1 del exp. digital); y **iv)** que a la accionante le fue reconocida por parte de Porvenir S.A., pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado a partir del 07 de marzo de 2014 (f.º 35 a 45 archivo 1, carpeta 1 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 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 **-27 de julio de 2000-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colpatria 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, advierte la sala que el fondo convocado a juicio no desplegó ninguna actividad probatoria, tendiente a demostrar que 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, al punto que, ni siquiera aportó el formulario de solicitud de afiliación suscrito con la accionante.

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, sería del caso declarar que el traslado se torna ineficaz, de no ser

porque tal y como se indicó en los hechos de la demanda, y se encuentra acreditado con los extractos del fondo especial de retiro programado, comprobantes de pago de pensión, inclusive con el mismo interrogatorio de parte de la demandante, la señora Elvira Añez Castro actualmente se encuentra percibiendo pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, la cual fue reconocida por Porvenir S.A., a partir del 07 de marzo de 2014.

Al respecto, tal y como lo señaló el Juez de instancia, inclusive la misma apoderada de la parte actora, tanto en sus alegatos de conclusión, como en la sustentación del recurso de alzada, la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia CS SL373-2021, consideró que la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada o a un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto, circunstancia que impide que volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado, línea de pensamiento que también se ha visto reflejada en otros tantos pronunciamientos, tales como en las sentencias SL5169-2021, SL5704-2021, SL5172-2021, SL1113-2022 y SL2176-2022, siendo este el actual criterio que rige en el seno de esta corporación, el cual goza de fuerza vinculante en virtud de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, razón por la que, lo jueces se encuentran obligados a respetar los derroteros fijados por esta corporación, debido a que su labor unificadora de jurisprudencia orienta las decisiones de los operadores jurídicos, no siendo dable, terminar la aplicabilidad de uno y otro pronunciamiento, de acuerdo a la conveniencia o intereses que le pueda llegar a asistir a las partes.

Por tal razón, y como quiera que el criterio que impera en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al momento en que se profiere esta decisión, es el reflejado a partir de la sentencia CSJ SL 373-2021, no existe razón válida para que esta Sala de Decisión se aparte de esta línea jurisprudencial, y accede a las suplicas de la demanda.

Ahora bien, de otra parte, pretende la parte accionante que en el curso de esta apelación, se imparta condena en contra de Porvenir y se disponga la reparación de los daños irrogados a la accionante por la infracción al deber de información que se debió presentar al momento en que se realizó el traslado al RAIS y por la disminución del valor de la mesada pensional, en comparación con la que eventualmente le pudo corresponder en el RPM, y a título de indemnización se reclama el pago de la diferencia del valor de la mesada liquidada entre uno y otro régimen.

Al respecto, se debe advertir por parte de la Sala, que este asunto no fue objeto de debate dentro del presente juicio, y adoptar una decisión al respecto sin que se haya surtido el derecho de defensa y contradicción, vulnera a todas luces el principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión expresa del canon 145 del CPTSS, disposición que reza: «La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley». En esa medida, al no haber incluida tal reclamación en el escrito genitor como parte de sus pretensiones, no puede esta Corporación ahora hacer un estudio de fondo sobre la misma, por cuanto con ello vulneraría el derecho debido proceso y derecho de contracción que le asiste al extremo pasivo de esta acción. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2172-2022, sostuvo:

*Ahora bien, **el principio procesal de congruencia tiene fundamento en lo dispuesto en el artículo 281 del CGP, aplicable a los litigios del trabajo por autorización expresa del precepto 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y tiene que ver con que el juez tiene la obligación de adecuarse a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes** (CSJ SL3443-2021, CSJ SL440-2021). (Negrillas y subrayado fuera del texto original).*

El precedente de la Corporación (CSJ SL2604-2021, CSJ SL440-2021) además ha sido muy claro en que:

***Dichas actuaciones limitan la autonomía judicial del juez, quien debe obrar dentro de ese marco trazado por las partes, dado que es lo que edifica la relación jurídica sustancial y procesal de estas en el espacio jurisdiccional.** (Negrillas fuera del texto original).*

Ahora, ello no es obstáculo para que el juez, eventualmente pueda interpretar la demanda. De hecho, la Corte ha señalado que «constituye su deber dado que está en la obligación de referirse “a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales” (art. 55, L. 270/1996), de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento» (CSJ SL2808-2018).

[...]

*Así, **la Corte tiene adoctrinado que las anteriores directrices procesales hacen parte de la denominada congruencia externa del fallo, según la cual «toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia»** (CSJ SL2808-2018). (Negrillas y subrayado fuera del texto original).*

[...]

En este orden, se tiene que la pretensión de indemnización de perjuicios, solo fue introducida por la parte actora en el recurso de alzada, de tal suerte que la misma resulta ajena a la controversia inicial, lo cual, conforme a la jurisprudencia en cita, vulnera el principio de congruencia, razón por la que esta Sala de Decisión no puede en esta oportunidad abordar su análisis, se itera, por cuanto con ello quebrantaría el debido proceso.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandante, 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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de abril de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$580.000.

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	11001310500420190021501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	- HÉCTOR JULIO MARIÑO BARÓN - CÉSAR MARTÍN ROMERO SALDAÑA - ÉDGAR FERNANDO TORRES GONZÁLEZ - DOMAR JOSÉ HUERTAS MOYA
DEMANDADO	UNIVERSIDAD FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

En Bogotá D. C. a los Treinta (30) días del mes de marzo 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,

AUTO

Se acepta la renuncia del abogado ANDRÉS FELIPE MONTALVO DE LA OSSA al poder conferido por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas (archivo 2 carpeta 2ª inst, exp. Digital). Téngase a RODRIGUEZ DÍAZ CONSULTORES & ASOCIADOS SAS como apoderada de Universidad Distrital Francisco José de Caldas, en los términos y para los efectos del poder conferido, en ese sentido se reconoce personería a su representante legalmente MAYCOL RODRÍGUEZ DÍAZ identificado con CC 80.842.505, y TP 14.144 como apoderado, previa comprobación de su calidad de abogada en la página del Registro Nacional de Abogados – SIRNA, de conformidad con el Decreto 806 de 2020. Se tiene por revocado el poder otorgado a la abogada Paula Andrea Sánchez Acevedo.

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretenden los demandantes se ordene a la Universidad Francisco José De Caldas, dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 15 de la Convención Colectiva 1990-1991, por ostentar ellos condición de trabajadores oficiales; en consecuencia, se

le condene a liquidar y pagar el auxilio denominado mesada semestral para pensionados, equivalente a 1.2 salarios mínimos convencionales pagadera en junio, causada desde el año 2016, en adelante y de forma vitalicia, la indexación de la sumas resultantes, los intereses de mora, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 001, carpeta 1ª inst. exp. digital), señalaron que fueron trabajadores oficiales de la Universidad Francisco José De Caldas, en la cual fueron vinculados mediante contrato de trabajo a término indefinido; que por haber cumplido con los requisitos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo 1992-1993, les fue reconocida pensión de jubilación convencional. Agregaron la siguiente información:

NOMBRE	INGRESO	RETIRO	RESOLUCIÓN DE PENSIÓN
HÉCTOR JULIO MARIÑO BARÓN	23/03/1990	02/06/2010	33 del 26 de mayo de 2010
CESAR MARTIN ROMERO SALDAÑA	02/03/1990	02/06/2010	447 de julio de 2010
EDGAR FERNANDO TORRES GONZÁLEZ	22/03/1990	16/07/2010	515 del 12 de agosto de 2010
DOMAR JOSÉ HUERTAS MOYA	21/10/1987	30/06/2008	294 del 30 de junio de 2008

Citaron lo establecido en el artículo 13 de la Convención Colectiva de 1986, suscrita por la Universidad y por SintraUD, al igual que el artículo 8 de la Convención Colectiva de 1994, y el artículo 15 de la Convención Colectiva 1990-1991; en este último, se fijó un auxilio denominado mesada semestral para pensionados, la cual consiste en que quienes hubiesen laborado para la universidad 15 años o más y estén pensionados recibirán una mesada en junio de cada año equivalente a 1.2 salarios mínimos convencionales vigentes.

Indicaron que, con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, la Universidad eliminó el reconocimiento y pago de la mesada semestral contenida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, a los pensionados que habían consolidado su derecho pensional después del 29 de julio de 2005; que el 23 de febrero de 2013, la universidad y la Asociación de Pensionados como Trabajadores Oficiales -ASOTOP UD- suscribieron un acta de compromiso en la que *«la Universidad Distrital, reconocería y pagaría sin perjuicio de los demás derechos, durante los años sucesivos en el mes de junio el auxilio convencional semestral previsto en el artículo 15 de la convención colectiva 1990-1991 a todos los pensionados que consolidaron sus derechos y requisitos entre el 26 de junio de 2005 hasta el 31 de julio de 2010»*.

Narraron que, la demandada pagó el referido beneficio desde el año 2011, hasta el 2015, pero que en el mes de junio de 2016 suspendió el pago, y que en junio de 2017 agotaron la reclamación administrativa, pero que en ese mismo mes les dieron respuesta negando lo pretendido.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La UNIVERSIDAD FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS contestó (f.º 159-174 archivo 01 Carpeta 01 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, los aceptó en su integridad. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción y genérica.

En su defensa, informó que la Universidad reconoce la mesada señalada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, a los pensionados que reunieron el status antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, lo que excluía la mesada pensional establecida en el artículo 15 de la Convención Colectiva de 1990, en razón a que se estaría haciendo un doble reconocimiento de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Política, por cuanto los recursos provienen del erario público.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de mayo de 2021 (Carpeta 02 carpeta 1ª inst. exp digital), resolvió:

PRIMERO. CONDENAR a la Universidad Francisco José de Caldas a reconocer y pagar a los señores HÉCTOR JULIO MARIÑO BARÓN, CÉSAR ROMERO SALDAÑA, ÉDGAR FERNANDO TORRES GONZÁLEZ y DOMAR JOSÉ HUERTAS MOYA el auxilio convencional de la mesada semestral, en los términos de la Convención Colectiva, es decir, una mesada semestral equivalente a 1,2 Salario Mínimo Convencional vigente, a partir de junio de 2016 y en adelante.

SEGUNDO. ORDENAR la indexación de las condenas aquí impuestas por concepto de primas semestrales en los términos del artículo 15 de la Convención Colectiva es decir, una mesada semestral equivalente a 1,2 Salarios Mínimos Convencionales vigentes, a partir de junio de 2016 y en adelante. En razón a que las mismas se ven afectadas por la pérdida de valor adquisitivo de la moneda, desde junio de 2016 y hasta cuando se efectúe el pago de las mismas.

TERCERO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por la demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

(...)

El Juzgado de primera instancia, fijó como problema jurídico determinar si los actores tenían derecho al auxilio de la mesada semestral consagrada en el artículo 15 de la Convención Colectiva suscrita entre la Universidad Distrital Francisco José de Caldas y el sindicato de trabajadores de esta. Acto seguido indicó que no había discusión frente a que los demandantes adquirieron el estatus de pensionado así: i) Héctor Julio Mariño Barón Resolución 330 de 2010; ii) Cesar Romero Saldaña Resolución 447 de 2010; iii) Édgar Fernando Torres Resolución 515 de 2010; y iv) Domar José Huertas Resolución 294 de 2008.

Citó textualmente el artículo 1° parágrafo 2 y parágrafo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005, y seguidamente refirió en extenso la sentencia CSJ SL3635-2020. Frente a la mesada semestral para pensionados establecida en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo 1990-1991, indicó que esta sería pagada a los pensionados de la Universidad que hubiesen laborado 15 años o más en esa institución, en equivalente a 1.2 salarios mínimos convencionales vigentes; que en el artículo 20 de ese mismo texto convencional, se había pactado que la vigencia de la misma sería de 24 meses contados a partir del 1 de enero de 1990, y su cobertura será para todos los trabajadores y empleados de la universidad con excepción del personal docente.

Señaló que, la anterior norma convencional no perdió su vigencia por mandato del Acto Legislativo 01 de 2005, por cuanto esta norma establecía que las convenciones mantendrían su vigencia hasta el 31 de julio de 2010, o hasta cuando se hubiere pactado la misma.

Indicó que, el derecho al reconocimiento y pago de mesada semestral para pensionados establecida en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo 1990-1991, para el caso de los demandantes de causó con anterioridad al 31 de julio de 2010, pues en este caso se aplicaba la regla jurisprudencial del literal b), porque al 29 de julio de 2005, la citada convención estaba operando por virtud de la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del CST. Explicó que el derecho pensional se consolidó para i) Héctor Julio Mariño Barón el 2 de junio de 2010; ii) César Romero Saldaña el 2 de junio de 2010; iii) Édgar Fernando Torres el 16 de julio de 2010; y iv) Domar José Huertas el 01 de julio de 2008.

Advirtió que, el Acto Legislativo 01 de 2005, tenía como finalidad regular las pensiones que se causaran de allí en adelante, sin que pudiera afectar derechos adquiridos, concluyendo que en este asunto dado que los accionantes cumplieron con los requisitos exigidos en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo 1990-1991

antes del 31 de julio de 2010, su derecho a la mesada semestral para pensionados no se vio afectada por el citado Acto Legislativo.

En consecuencia, condenó a la demandada a reconocer y pagar a los accionantes la mesada semestral del artículo 15 de la convención colectiva, es decir, una mesada semestral equivalente a 1,2 Salarios Mínimos Convencionales vigentes, a partir de junio de 2016 y en adelante, las cuales deben ser indexadas hasta la fecha efectiva de su pago. Y declaró no probada la excepción de prescripción porque todos presentaron reclamación en junio de 2017.

RECURSO DE APELACIÓN

La **UNIVERSIDAD FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS** interpuso recurso de apelación indicando que se ratificaba en todas y cada una de las posiciones que ha tenido sobre el Acto Legislativo 01 de 2005, considerando que los actores no tenían derecho al reconocimiento de la mesada semestral para pensionados, en virtud, que la naturaleza de ese beneficio era convencional y por lo tanto, no consideraba que se estuviese ante la presencia de derechos adquiridos y que en caso de que lo fueran, a partir de julio de 2010 no se debían reconocer ningún beneficio extralegal.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la **Universidad Francisco José de Caldas**, 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 los demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la mesada semestral para pensionados consagrada en el artículo 15 de la convención colectiva 1990-1991.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos relacionados con los extremos temporales y la fecha en que se reconoció la pensión, conforme al siguiente cuadro:

NOMBRE	INGRESO	RETIRO	RESOLUCIÓN DE PENSIÓN
HÉCTOR JULIO MARIÑO BARÓN	23/03/1990	02/06/2010	33 del 26 de mayo de 2010
CESAR MARTIN ROMERO SALDAÑA	02/03/1990	02/06/2010	447 de julio de 2010
EDGAR FERNANDO TORRES GONZÁLEZ	22/03/1990	16/07/2010	515 del 12 de agosto de 2010
DOMAR JOSÉ HUERTAS MOYA	21/10/1987	01/07/2008	294 del 30 de junio de 2008

El artículo 15 de la convención colectiva 1990-1991 suscrita entre la **Universidad Francisco José de Caldas** y el sindicato Sintra UD, es del siguiente tenor:

ARTÍCULO 15: MESADA SEMESTRAL PARA PENSIONADOS: *los pensionados por la Universidad o las personas a quienes de acuerdo con la ley se tramite y pague el derecho de pensión y que hayan laborado quince (15) o as años en la Universidad recibirán a título de auxilio una mesada semestral equivalente el 1.2 salarios mínimos convencionales vigentes. (...) mesada que será cancelada en la primera quincena del mes de junio de cada año.*

Es clara entonces la norma al indicar que los pensionados por la Universidad o conforme a la Ley, que hubiesen prestado sus servicios a esta durante 15 años o más, tienen derecho a que, en la primera quincena de junio de cada año, se les pague una mesada semestral equivalente al 1.2 salarios mínimos convencionales vigentes.

Asi las cosas conforme los hechos indiscutidos, es evidente que los cuatro demandantes cumplen con dichos requisitos, porque todos ostentan la calidad de pensionados de la Universidad, y prestaron servicios a esta por más de 20 años, así:

NOMBRE	INGRESO	RETIRO	TIEMPO DE SERVICIO	RESOLUCIÓN DE PENSIÓN
HÉCTOR JULIO MARIÑO BARÓN	23/03/1990	02/06/2010	20 años, 2 meses y 9 días	33 del 26 de mayo de 2010
CESAR MARTIN ROMERO SALDAÑA	02/03/1990	02/06/2010	20 años, y 3 meses	447 de julio de 2010
EDGAR FERNANDO TORRES GONZÁLEZ	22/03/1990	16/07/2010	20 años, 3 meses y 24 días	515 del 12 de agosto de 2010
DOMAR JOSÉ HUERTAS MOYA	21/10/1987	01/07/2008	20 años, 9 meses y 9 días.	294 del 30 de junio de 2008

Entonces, en principio tienen derecho a que se les pague la mesada semestral para pensionados consagrada en el artículo 15 de la convención colectiva 1990-1991, desde la fecha en que adquirieron el status de pensionado; no obstante, como en las pretensiones de la demanda lo solicitaron desde el mes de junio de 2016, en adelante y de forma vitalicia, así lo otorgó el *a quo* lo que esta Sala considera es acertado.

Ahora, en lo que tiene que ver con el Acto Legislativo 01 de 2005, y la limitación en materia pensional colectiva, se tiene que este literalmente fijó:

ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

(...)

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

(...)

Parágrafo transitorio 3o. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

Este párrafo tal como lo indicó el juez de instancia, fue analizado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL3635-2020, y allí fijó unas reglas para la aplicación de este, las cuales comparte esta Sala, y que se citan a continuación:

- a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.*
- b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.*
- c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.*

Verificado el asunto bajo estudio se tiene que el artículo 15 de la convención colectiva 1990-1991 **al 29 de julio de 2005**, fecha en que entró en vigor el citado Acto Legislativo, estaba operando por virtud de la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del CST, por ende, conforme las reglas citadas, este beneficio se extendió hasta el 31 de julio de 2010, encontrándonos en el literal b).

Bajo este horizonte debe recordarse que un derecho se causa o se adquiere, cuando la persona cumple con todos los requisitos exigidos por la norma para su reconocimiento, por ende, todas las personas que con anterioridad al 31 de julio de 2010, acreditaron los requisitos establecidos en el artículo 15 de la convención colectiva 1990-1991 suscrita entre la **Universidad Francisco José de Caldas** y el sindicato Sintra UD, tienen un derecho adquirido inmutable que por mandato constitucional se tiene que respetar.

En la misma sentencia CSJ SL3635-2020 se trajo a colación la sentencia CC SU 555 de 2014, en la que se sostuvo, frente al respeto por los derechos adquiridos, que:

La primera recomendación que la OIT dirige al gobierno colombiano consiste en que se mantengan hasta su vencimiento los efectos de las convenciones y pactos colectivos cuyo término haya sido fijado para una fecha posterior al 31 de julio de 2010. Esto es exactamente lo que establece la primera parte del parágrafo transitorio tercero cuando indica que "Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado". Lo anterior se traduce en que el Acto Legislativo no está desconociendo los derechos adquiridos en materia pensional derivados de pactos y convenciones colectivas. Y está siguiendo lo establecido en el artículo 58 Superior, así como en la jurisprudencia constitucional, especialmente lo señalado en la Sentencia C-314 de 2004.

*[...] Además, como se indicó en precedencia, también con el parágrafo transitorio tercero se respeta incluso **la expectativa legítima de aquellos trabajadores que, si bien no cumplían requisitos a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, sí se encontraban cobijados por pactos o convenciones colectivas celebradas antes del 29 de julio de 2005 y con fecha de vencimiento posterior al año 2005 o, incluso, al 31 de julio de 2010 fecha límite fijada por el constituyente.** Éstos tenían una legítima expectativa de ser pensionados de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva que firmaron mientras continuara vigente, y así lo reconoce la norma constitucional al establecer que seguirán rigiendo hasta el término de su vencimiento.*

*Esto es justamente lo que está recomendando el Comité Sindical de la OIT, que las pensiones convencionales que contengan reglas de carácter pensional mantengan sus efectos hasta la fecha de su vencimiento. **En últimas, que se respeten los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, que es lo mismo que garantiza el Acto Legislativo 01 de 2005 tanto en el Parágrafo transitorio segundo como en el tercero, en los que establece una regla para derechos adquiridos y también una regla de transición para garantizar que se satisfagan las expectativas legítimas de pensión.** (Negrillas fuera del texto original)*

De allí que, conforme los hechos indiscutidos en el proceso, puntualmente que todos los demandantes acreditaron los requisitos establecidos en el artículo 15 de la convención colectiva 1990-1991 con anterioridad al 31 de julio de 2010, se puede concluir que la mesada semestral para pensionados es para ellos un derecho adquirido y, por ende, la demandada deber reconocerlo y pagarlo a cada uno de forma vitalicia.

Se aclara que, aunque la **Universidad Francisco José de Caldas** según su recurso de apelación se aparta del criterio de la Corte Suprema de Justicia rectificado en la sentencia CSJ SL3635-2020 y reiterado entre otras en sentencias CSJ SL5136-2020, CSJ SL2773-2021, CSJ SL4163-2021, y CSJ SL4904-2021, no implica que pueda desconocerlo.

PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a la excepción de prescripción, se advierte que la misma no tiene vocación de prosperidad, como quiera que el derecho aquí reconocido se otorgó desde el mes de junio de 2016, la reclamación por parte de los demandantes se presentó ante la demandada en el mes de junio de 2017, y la presente demanda se radicó el 06

de marzo de 2019, sin que se evidencia que ese interregno superara el término trienal prescriptivo al que aluden los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

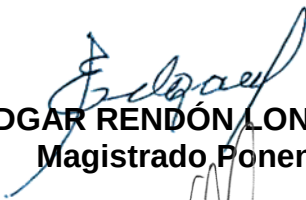
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 en favor de cada uno.

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	11001310500820200018601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	HERNANDO CABALLERO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS.S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo 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 **Hernando Caballero** se **declare** la ineficacia de la afiliación y del 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 Protección S.A. Como consecuencia de lo anterior, se le **condene**, a trasladar a Colpensiones, el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta individual, junto con sus rendimientos; 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 4, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que inició sus cotizaciones en el RPM para los riesgos de IVM, a través del Instituto de Seguros Sociales, desde abril de 1981 y hasta el 31 de agosto de 1998; que los gestores de la AFP Colfondos, promovieron su traslado del RPM al RAIS, sin brindarle información suficiente; que mediante derecho de petición radicado el 20 de agosto de 2019, solicitó a Colfondos S.A., toda la documentación

relativa al traslado y las constancias de los cálculos efectuados, las explicaciones brindadas, el documento contentivo del derecho de retracto y la carta que soportara que se le había informado el periodo de gracia contemplado en la Ley 797 del 2003, para poder regresar al RPM; que COLFONDOS S.A. en comunicación de fecha 23 de enero de 2020, dio respuesta al derecho de petición, señalando que no había ningún soporte documental, remitió copia del formulario de afiliación, sin embargo, no dio respuesta de fondo a todos los interrogantes planteados en la petición; que el 19 de febrero de 2020, se solicitó ante Colpensiones, tener por nulo el traslado de régimen pensional efectuado y la aceptación de la afiliación al RPM; que esta entidad mediante carta BZ2020_2399967-0490861 del 20 de febrero de 2020, manifestó que no era procedente dar trámite a la solicitud presentada, si que para ello se realizada ningún estudio, ni consideración que atienda de fondo, los motivos, situación fáctica y/o jurídica en que se basa la misma.

A su vez, sostuvo que el traslado de régimen pensional no se surtió en debida forma, dado que no se le proporcionó las respectivas ilustración o información, no se le realizaron los cálculos o proyecciones respecto a su futuro pensional; que tampoco se le comunicó las consecuencias que le acarrearía el trasladarse del RPM administrado en ese entonces por el ISS, al RAIS; que en caso de haber continuado afiliado al RPM, conservaría la expectativa de una mesada pensional considerablemente superior a la que puede optar y recibir en el RAIS, toda vez que la prestación se calcularía con lo aportado durante toda su vida laboral, o los últimos 10 años si este fuere superior, aplicando la tasa de reemplazo correspondiente a la densidad de semanas aportadas al sistema; que si la AFP al momento del traslado hubiera brindado una asesoría completa, poniendo en conocimiento los pros y los contras, realizando los cálculos matemáticos y proyecciones o en definitiva hubiese mostrado todo el panorama, actuando conforme a la responsabilidad profesional que le asiste, no hubiese consentido dicha afiliación; que su traslado al fondo privado, no cumplió con los requisitos previstos para ello, pues no se acredita por parte de la AFP que su consentimiento haya sido libre, espontáneo, e informado, no solo respecto de la conveniencia, sino también sobre las consecuencias adversas del cambio de régimen.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 13, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el accionante cotizó en el RPM para los riesgos de IVM, a través del Instituto de Seguros Sociales, desde abril de 1981 hasta el 31 de agosto de 1998; que presentó

solicitud de nulidad del traslado de régimen pensional el 19 de febrero de 2020, la cual fue contestada mediante carta BZ2020_2399967-0490861 del 20 de febrero de 2020, y en la que se indicó que no era procedente dar trámite a la solicitud presentada. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, prescripción y caducidad.

Por su parte, la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, contestó (archivo 9, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que mediante derecho de petición radicado el 20 de agosto de 2019, el demandante solicitó, toda la documentación relativa al traslado y las constancias de los cálculos efectuados, las explicaciones brindadas, el documento contentivo del derecho de retracto y la carta que soportara que se le había informado el periodo de gracia contemplado en la Ley 797 del 2003, para poder regresar al RPM. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la información al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de mayo de 2022 (archivo 22 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor Hernando Caballero, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 21 de agosto de 1998 mediante su afiliación al COLFONDOS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor Hernando Caballero.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor Hernando Caballero, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que el demandante nació el día el 28 de diciembre de 1953; por lo tanto, para este mismo día y mes del año 2015, arribó a los 62 años; que si bien para el año 2020, había solicitado el traslado de régimen, ya había transcurrido la oportunidad señalada en la Ley 797 de 2003, pues se encontraba en la prohibición legal para retornar al régimen de prima media. Adicionalmente, señaló que el demandante tampoco se encuentra en la excepción contemplada en la sentencia C789 de 2002, debido a que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, el actor no contaba con 15 o más años de servicio, razón por lo que, se podía abordar el tema de la ineficacia del traslado.

Señaló que, el deber de información se estableció desde la misma creación de los fondos privados y su incumplimiento, constituye un atentando en contra de los derechos de los trabajadores, debido a que no se permite seleccionar de manera consiente la entidad a la cual se quiere pertenecer. Que de acuerdo con las sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y lo dispuesto en el decreto 66 de 1993, en Colfondos recae la carga de la prueba y por tanto, le corresponde demostrar que al momento del traslado, al demandante se le brindó información clara y suficiente, que le dio a conocer los requisitos de acceso al derecho pensional en uno u otro régimen pensionales y la incidencia que puede tener su traslado, entre otras.

Indicó que, al proceso no fueron aportados medios de convicción tendientes a demostrar que al demandante al momento del traslado, esto es 21 de agosto de 1998, se le brindó la correspondiente información, debido a que del interrogatorio de parte absuelto por el afiliado no se obtuvo confesión frente a este asunto. Por otro lado, si bien, fue aportado formulario de afiliación, esta no puede ser tomada como prueba del consentimiento informado del actor, como así ha sido planteado por la Corte Suprema de Justicia, debido a que el mismo solo demuestra la manifestación libre del afiliado exenta de vicios, mas no que se le haya cumplido con el deber de información que le asistía a la AFP, por lo anterior, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante de RPM al RAIS administrado por Colfondos y como consecuencia de ello, dispuso la devolución de cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración debidamente indexados, sumas adicionales como frutos o intereses conforme lo dispuesto en el art. 1746 del Código Civil.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

El **DEMANDANTE** impetró recurso de apelación parcial solicitando se revoque el numeral quinto de la sentencia proferida por el juez de instancia, y como consecuencia de ello, solicita que Colpensiones sea condenada en costas y agencias en derecho dentro del proceso, como quiera que es sujeto pasivo de la acción y conforme el art. 324 CGP, quien resulta vencido en juicio dentro de un proceso ordinario también debe tener esta carga.

Por su parte, **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, solicitando que sea revocada íntegramente la sentencia, para tal efecto, sostuvo que para la fecha en que se efectuó el traslado del demandante, no existía la obligación legal de documentar la asesoría de la afiliación; por tal razón, no existe documento alguno que refleje el deber de información más allá del formulario de traslado. Resalta que el traslado del actor se realizó hace más de 20 años, por lo que ni siquiera Colfondos cuenta con información del asesor comercial que realizó la asesoría o que acompañó al demandante en el diligenciamiento del formulario, de modo que allegar un medio de prueba que no sea documental pone a Colfondos y Colpensiones en una situación imposible de acreditar.

Sostuvo que, existió incumplimiento por parte de Colfondos al momento de obtener la vinculación del demandante, y si al afiliado se le irrogó un perjuicio, este debe ser reparado por quien lo causó, y no sería válido jurídicamente trasladar la carga prestacional a Colpensiones, pues recibir como afiliado al demandante se genera afectación al principio de sostenibilidad financiera, debido a que por ello, existe la prohibición legal que impide que a los afiliados que les falte menos de 10 años para pensionarse se cambien de régimen, pues precisamente Colpensiones cuenta con las provisiones financieras necesaria para solventar y financiar las prestaciones económicas de los afiliados que han cotizado activamente a prima media, y no que de forma intempestiva se realicen traslados de afiliados, como en el caso del demandante que lleva 20 años cotizando en RAIS y que únicamente cuando se dan cuenta que la mesada pensional que se les va a reconocer no satisface sus expectativas personales, buscan el retorno a RPM.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Colfondos, 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. De igual forma, se deberá establecer si hay lugar a la imposición de costas en primera instancia.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Hernando Caballero nació el 28 de diciembre de 1953 (f° 19, archivo 4 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculado al ISS entre el 17 de febrero de 1981 al 31 de 08 de 1998 (archivo 14 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **04 de septiembre de 1998**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colfondos (f° 36 archivo 4, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de

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

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

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

Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–04 de septiembre de 1998–**, la obligación de la AFP se

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

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos 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 Colfondos de fecha 04 de septiembre de 1998, 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).

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, 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); 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 Colfondos S.A., a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la 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.

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

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 lo atinente al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, es necesario señalar que resulta procedente la imposición de costa a cargo de Colpensiones en primera instancia, como quiera que, en los términos del numeral 1° del artículo 365 del CGP, esta entidad fue vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda.

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).

Por lo anterior, se adicionará el numeral quinto de la sentencia apelada, para en su lugar, disponer la condena en costas a cargo de Colpensiones, para tal efecto, el juzgado de conocimiento deberá realizar la liquidación correspondiente, conforme lo dispuesto en el artículo 366 de Código General del Proceso.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada AFP Colfondos S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

Sin Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS.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, 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: ADICIONAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia apelada, en el sentido de condenar a Colpensiones al pago de costas causadas en primera instancia.

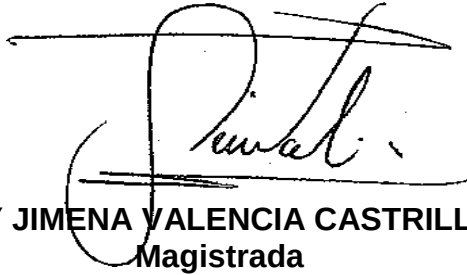
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo Colfondos S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

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	11001310501020190016401
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CARLOS FERNANDO RAMÍREZ POVEDA
DEMANDADO	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo 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 Fernando Ramírez Poveda** se **condene** a Porvenir S.A. a reconocer la pensión de sobreviviente de acuerdo al artículo 13 de la ley 797 de 2003, con ocasión del fallecimiento de su esposa Clara Inés Pachón, a partir del 10 de abril de 2017, junto con el pago del retroactivo e indexación de las mesadas dejadas de cancelar; que se **condene** a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f °. 24 a 25 archivo 1, carpeta 1ª inst.), señaló en síntesis, que el contrajo matrimonio con la señora Clara Inés Pachón Cáceres el 2 de diciembre de 1995, en la parroquia La Natividad de Nuestra Señora de Bogotá; del matrimonio fueron procreados dos hijos de nombres Carlos Fernando y Jhon Faber Ramírez Pachón; que la causante falleció a causa de enfermedad el 10 de abril de 2017, a la edad de 47 años de edad; que el 14 de septiembre de 2017, fue radicada solicitud de pensión de sobreviviente ante Porvenir, en donde la causante tenía sus aportes de cotización; que el 14 de diciembre de l misma anualidad, esta sociedad le comunica que fue rechazada la prestación por no acreditar los tiempos de convivencia; que el 19 de abril de 2018 radicó nuevamente

solicitud de pensión de sobreviviente; que el 30 de abril de 2018 la demandada da respuesta a la petición, indicándole que no acredita la calidad de beneficiario, por tiempo interrumpido de la convivencia con la afiliada.

Sostiene que, acredita una convivencia con la causante de 24 años de forma permanente sin interrupción alguna, compartiendo techo, lecho, mesa del 14 de febrero de 1990 hasta el 28 de diciembre de 2014; que era beneficiario de su consorte en la E.P.S. Cruz Blanca; que entre el 29 de abril de 2014, al 10 de abril de 2017, no convivió con la señora Pachón, pero seguían siendo pareja.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** contestó (f° 55 a 59 archivo 1, carpeta 1ª inst.), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno de los planteados en el libelo genitor. Como excepciones de mérito, propuso las de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe de Porvenir S.A., Innominada o genérica, compensación y prescripción.

En atención a lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020, el expediente de la referencia, fue trasladado del Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá al Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito del mismo distrito judicial.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de junio de 2021 (archivo 19, carpeta 1ª inst.), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que CARLOS FERNANDO RAMÍREZ POVEDA es beneficiario de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de la afiliada CLARA INÉS PACHÓN CÁCERES.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a reconocer y pagar en forma vitalicia en favor del demandante, pensión de sobrevivientes de manera retroactiva desde el 11 de abril de 2017, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, por 13 mesadas al año, suma que deberá ser aumentada por los años subsiguientes en los porcentajes que fije el Gobierno Nacional, mesadas que deberán pagarse indexadas conforme el IPC desde que se hicieron exigibles y hasta que se verifique su pago.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a pagar a CARLOS FERNANDO RAMÍREZ POVEDA, la suma de \$43.982.396,77. por concepto de retroactivo pensional, causado desde el 11 de abril de 2017 con corte al 31 de mayo de 2021.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada, por lo expuesto anteriormente.

QUINTO: COSTAS a cargo de Porvenir S.A. y en favor del demandante, se fijan como agencias en derecho suma equivalente a \$ 3.400.000.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que la señora Clara Inés Pachón, en calidad de afiliada en el régimen de ahorro individual con Solidaridad, administrado por Porvenir S.A., falleció el 10 de abril de 2017. Encontró acreditado que la causante había dejado causada la pensión, dado que en los términos de los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, había cotizado 133,57 semanas, en los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, esto es, entre el 10 abril de 2014, al 10 de abril de 2017. De igual forma, dio por acreditada la calidad de cónyuge del actor con la señora Pachón, lo cual se desprendía del registro civil de matrimonio obrante en el expediente y que de dicha unión habían sido procreados 2 hijo de nombres Carlos Fernando y Faber Ramírez Pachón.

De otro lado, señaló que conforme lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1707-2021, entre otras, la convivencia del consorte con vínculo matrimonial vigente con separación de hecho con afiliado, puede ser acreditado en cualquier tiempo. Al respecto, con la declaración del Faber Ramírez, hijo del demandante y de la causante, encontró acreditado que la pareja convivió por un espacio superior a 5 años en cualquier tiempo, debido a que el testigo señaló que sus padres convivieron bajo el mismo techo y como pareja, durante toda su niñez y adolescencia, que si bien, relató que la separación de sus padres se dio para el año 2016, esta fecha no correspondía a la señalada en el escrito de la demanda, que fue en el 2014. Adicionalmente, sostuvo que el deponente, manifestó que después de la separación de sus padres, ellos seguían brindándose apoyo. Por tal razón, estableció que el promotor del juicio resultaba ser beneficiario de la prestación económica a partir de la fecha de fallecimiento de su esposa.

Determinó que, el valor de la prestación económica sería equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, conforme lo preceptuado en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, como quiera que, fue establecido como IBL de toda la vida laboral de la afiliada \$868.910,08, que al aplicarle tasa de reemplazo del 45% arroja una primera mesada de \$395.509,54 para el 2017, inferior al salario mínimo de la época. A su vez, estableció que la prestación sería reconocida por 13 mesadas al año.

Respecto a la excepción de prescripción, señaló que esta no prospera, en vista que el fallecimiento de la afiliada se produjo el 10 de abril de 2017, y la reclamación administrativa y judicial se produjo dentro de los 3 años siguientes al acaecimiento de este hecho, por ello, se reconoció el retroactivo causado entre la fecha del deceso y el

31 de mayo de 2021 por valor de \$43.982.396,77, autorizando a la demandada para que efectuara los descuentos correspondientes al sistema de seguridad social en salud.

Finalmente, indicó que por la evidente devaluación monetaria de las mesadas pensionales adeudadas, las mismas, debían ser debidamente indexadas conforme el índice de precios al consumidor.

RECURSO DE APELACIÓN

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** impetró recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia proferida por el juez de instancia, indicando para ello que, sin la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 12442 de 2015 SL16949 de 2016 y SL3747 de 2018, entre otras, se acepta que la convivencia de 5 años del cónyuge supérstite puede ser demostrada en cualquier tiempo, también lo es que, se exige que se demuestre que siguió siendo miembro de la familia del causante para el momento del deceso, pues es precisamente el hecho que hayan persistido las obligaciones de socorro y ayuda mutuas las que hacen que se genere la carencia moral o afectiva que busca proteger este tipo de prestación.

Aduce que, con las pruebas practicadas en el proceso, no se demostró que hubiesen persistido las obligaciones de socorro y ayuda mutua entre el demandante y la afiliada, debido a que el demandante en el interrogatorio de parte señaló que el mismo quien atendía sus propias necesidades producto de su trabajo, como curtidor y que no solicitaba ayuda a la afiliada, es decir que no le brindaba apoyo económico.

Adicional a ello, manifiesta que el testigo, hijo del demandante, afirmó que su padre si brindaba ayudas para la manutención de sus hijos, mas no para su pareja, por esta razón no se puede afirmar que continuaron vigentes las obligaciones conyugales.

Finalmente, reseña que del interrogatorio de parte y el testimonio se presentaron varias inconsistencias, relacionadas no solo con la fecha de finalización de la convivencia, sino en cuanto al tema de la ayuda económica, causas de la separación de la pareja, composición del núcleo familiar o las personas con las que convivían al momento del fallecimiento de la causante, entre otras, contradicciones que a su juicio, no demuestran que después de la separación de hecho de la pareja continuaron vigente las obligaciones de socorro y ayuda mutua, que es lo que

constituye que el cónyuge separado de hecho pueda ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

CONSIDERACIONES

La Sala de Decisión, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A., en estricto sentido a lo que fue materia de alzada.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar si al demandante le asiste el derecho a percibir la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de la afiliada Clara Inés Pachón.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Clara Inés Pachón falleció el 10 de abril de 2017 (fº 7 archivo 1, carpeta 1ª inst.); *ii)* que la causante era afiliada en Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, administrado por Porvenir S.A.; *iii)* que la afiliada cotizó 122 semanas en los tres años anteriores a su fallecimiento (fº 14 a 17 archivo, archivo 2, carpeta 1ª inst.); *iv)* que el demandante y la señora Pachón contrajeron matrimonio el 2 de diciembre de 1995 (fº 4 archivo 1, carpeta 1ª inst.).

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por referir que, en tratándose de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente a la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado, que para el caso concreto, tuvo ocurrencia el 10 de abril de 2017, es así como bajo tal entendido, la disposición que gobierna tal situación pensional, es el artículo 73 de la ley 100 de 1993, que remite expresamente al artículo 46 ibidem, modificado por el artículo 12 de 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,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del **afiliado** al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado **cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento** y se acrediten las siguientes condiciones [...]. (Negrilla fuera del texto original)*

Tal y como quedó definido con anterioridad, la calidad de la causante, señora Clara Inés Pachón, es la de afiliada, quien con anterioridad a su deceso dejó causado

el derecho reclamado como quiera que cotizó 122 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores a su fallecimiento.

DE LOS BENEFICIARIOS DE 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 13 de la Ley 797 de 2003, respecto de la cónyuge, 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;

(...)

Como fue reseñado con anterioridad, tampoco se encuentra en discusión que, la calidad invocada por el promotor de este juicio es la de cónyuge supérstite, la cual se acredita con el registro civil de matrimonio obrante en el plenario (f° 4 archivo 1, carpeta 1ª inst.), de igual forma se debe hacer hincapié que la misma no tiene nota marginal que dé cuenta que la pareja se haya divorciado.

Decantado lo anterior y con la finalidad de desatar el recurso de apelación interpuesto por la administradora de pensiones, es menester tener en cuenta que la recurrente no discute ni la calidad de consortes de la pareja, ni el tiempo de convivencia declarado por la juzgadora de instancia, el cual fue determinado entre la fecha del matrimonio, 2 de diciembre de 1995, y el año 2014, fecha en la que se presentó la separación de hecho, sino que por el contrario, centra la censura en establecer que con posterioridad a la desintegración de la unidad familiar, no continuaron vigente las obligaciones de socorro y ayuda mutua, que son los elementos que hacen que el cónyuge separado sea beneficiario de la pensión de sobreviviente. Sobre el particular, sea esta la oportunidad para traer a colación, lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL3505-2018, en la que se expuso:

Con el objeto de resolver el problema jurídico planteado, esta Sala ha indicado de manera reiterada que la convivencia del pensionado o afiliado con su cónyuge en un periodo de 5 años, puede ser acreditado en cualquier tiempo, siempre que el vínculo marital se halle vigente, ya que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio, aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social. Además, esta Corporación ha recalcado que tal propósito se cumple en mayor proporción cuando el afiliado o el pensionado no tenía compañero (a) permanente al

momento de su muerte, pues precisamente, se insiste, el marco de protección se encuentra dado bajo el supuesto de un vínculo matrimonial que se mantiene indemne.

En efecto, en la sentencia CSJ SL, 25 abr. 2018, rad. 45779, en la cual esta Corte reiteró el pronunciamiento efectuado en la CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, señaló:

En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto.

En efecto, a partir de la sentencia SL, 24 en. 2012, rad. 41637, esta Sala planteó que el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el (la) causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo. En específico, en esa oportunidad señaló:

«Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado u afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho.

[...]

*No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, **siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.***

Ahora bien, si tal postura se predica cuando existe compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, no encuentra la Corte proporcionalidad o razón alguna para privar a la (el) esposa (o) del reconocimiento de la pensión, en el evento de no concurrir aquel supuesto, pues de admitirse, la disposición no cumpliría su finalidad, esto es, la protección en tal escenario, más si se evalúa que quien aspira a tal prestación mantiene un lazo indeleble, jurídico, económico, sea que este último se haya originado en un mandato judicial, o en la simple voluntad de los esposos. »

El anterior criterio se reivindicó en las sentencias SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017, SL6519-2017, entre otras.

Acorde con la anterior reseña jurisprudencial, esta Sala de Decisión efectuara la valoración probatoria de los medios de convicción allegado válida y oportunamente al informativo, centrando su atención especialmente en el interrogatorio de parte del accionante y el testimonio del señor Faber Ramírez Pachón, como quiera que, la recurrente acusa la decisión de la juez de instancia de no apreciar en debida forma esta prueba.

Así las cosas, se tiene que el señor Carlos Fernando Ramírez Poveda, ante la Notaría 17 del Círculo de Bogotá, declaró bajo la gravedad del juramento que se casó la señora Clara Inés Pachón el 2 de diciembre de 1995; sin embargo, su convivencia se desarrolló desde el 14 de febrero de 1990 hasta el 28 de diciembre de 2014. Que de esta unión fueron procreados 2 hijos de nombre Carlos Fernando y Jhon Faber Ramírez Pachón (f° 12 y 13 archivo 1, carpeta 1ª inst.). Declaración que se acompasa con los registros civiles de matrimonio y nacimiento de sus hijos incorporados al informativo (fls 4, 8 a 11 archivo 1, carpeta 1ª inst.)

Ahora bien, el demandante el momento de absolver el interrogatorio de parte, incurre en una contradicción en cuanto a la fecha de separación con la señora Pachón, pues si bien, señala que la separación de cuerpos con la causante se presenta para el año 2016, tanto en el libelo genitor, como en la declaración juramentada antes señalada, dijo que el distanciamiento se produce en el mes diciembre de 2014, lo cierto es que, este hecho no desvirtúa el tiempo de convivencia mínimo requerido para que al actor acceda al derecho pretendido, pues debe recordarse que conforme fue indicado anteriormente, los 5 años de convivencia, en tratándose de cónyuges separados de hecho con vínculo matrimonial vigente, pueden ser demostrados en cualquier tiempo. De otro lado, de esta declaración no se advierte confesión alguna a favor de Porvenir, que haga nugatorio el derecho pretendido.

A su vez, se advierte que también fue escuchada la declaración del señor Jhon Faber Ramírez, hijo del actor y la afiliada, quien señaló que la separación de sus padres, se produce en el año 2016, que durante de relación y con posterioridad a su distanciamiento, siempre existió una buena relación, informa que durante muchos años sus progenitores trabajaban juntos en el curtido de piles, hasta que su mamá se dedicó a otra actividad laboral. De igual forma, señaló el declarante que durante su niñez y adolescencia sus padres convivían juntos, que inicialmente la convivencia se desarrollo en el barrio San Benito de Bogotá, luego, cuando él tenía aproximadamente 10 años de edad, se trasladaron a un apartamento en el Barrio Tunal que había comprado su padre.

También dijo, que la separación de sus padres obedeció a los inconvenientes que se empezaron a presentar entre el demandante y su hijo mayor de nombre Carlos Fernando, sumado al hecho que la madre de cada uno de los consortes empezaron a presentar quebrantos de salud, razón por la que, tanto el demandante como la causante tuvieron que irse a vivir a casa de sus padres respectivamente, para brindarle las atenciones en salud requeridas; que durante la separación de sus padres, ellos continuaron brindándose afecto, apoyo emocional y económico, se frecuentaban con

cierta regularidad, debido a que vivían cerca, pues según su dicho Carlos Fernando Ramírez, su padre, vivía en el barrio San Benito y Clara Inés Pachón, su mamá, vivía en el barrio Tunjuelito.

Conforme lo anterior, si bien esta declaración referencia una fecha de separación de la pareja diferente a la señala por el promotor de este juicio en el escrito de demanda y en la declaración juramentada, anteriormente aludida, lo cierto es que, el testigo dio fe de la real y efectiva convivencia de la pareja por un interregno superior a los 20 años, testigo que valga la pena señalar no fue tachado por sospecha, y es claro que su declaración presta pleno valor probatorio, en la medida que por un largo periodo de tiempo evidenció la forma en que se desarrolló la convivencia de sus padres, inclusive da cuenta del comportamiento de la pareja con posterioridad a su separación.

De otro lado, reprocha la recurrente que también se presente contradicción en lo que hace referencia a las ayudas económicas que se presentaban entre la pareja. Al respecto, sea lo primero destacar, que contrario a lo que sucede cuando se trata de reconocimiento de pensión de sobreviviente con otro tipo de beneficiarios, el factor de dependencia económica, no es un elemento preponderante para el reconocimiento de la prestación objeto de estudio; a pesar de ello, tenemos que tanto el demandante al absolver el interrogatorio y el testigo, al unísono manifiestan que entre Clara y Carlos, existía una colaboración económica para el pago de los servicios del apartamento donde alguna vez la pareja convivió, así como la manutención de sus hijos, entre otros aspectos familiares, que contrario a lo sostenido por la recurrente, refuerza más el argumento de vínculos de apoyo y solidaridad, a pesar que ya no convivieran como pareja en el mismo techo.

Ahora bien, nótese que tanto lo manifestado por el actor en el interrogatorio de parte, así como lo afirmado por su hijo y deponente dentro de este juicio, el distanciamiento de la pareja no se produce precisamente por la desaparición de unidad de vida, lazos de afecto, ayuda, auxilio mutuo o problemas entre ellos, sino que se produce por desavenencias suscitadas entre el aquí demandante y su hijo mayor, sumado al hecho de las enfermedades graves padecidas por la progenitora de cada uno de los consortes, que los obligó a trasladarse a la casa de habitación de cada uno de ellos, para atender sus dolencias y deteriorado estado de salud.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, es claro que, pese a existir separación de hecho entre la causante Clara Inés Pachón y el hoy demandante Carlos Fernando Ramírez, de las pruebas arrimadas al informativo refulge con absoluta nitidez que esta pareja convivió por un lapso superior a 5 años, la cual se desarrolló entre la fecha en

que se fueron contraídas nupcias, diciembre de 1995, hasta diciembre de 2014, lo cual es suficiente para que el actor acceda a la pensión deprecada. Pero se ello fuera poco, se advierte que incluso que con posterioridad a esa anualidad, se mantuvieron los lazos de afecto, ayuda y auxilio mutuo, razones mas que suficientes para concluir que en efecto, al promotor de este proceso le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente causada por la afiliada Clara Inés Pachón, en los términos señalados por la juez de instancia, como quiera que no fue objeto de censura por ni por las partes, lo relacionado con el monto de la pensión, ingreso base de liquidación, tasa de reemplazo, número de mesadas pensionales al año, ni valor del retroactivo.

Por lo anterior, se deberá confirmar la sentencia apelada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Porvenir, 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:

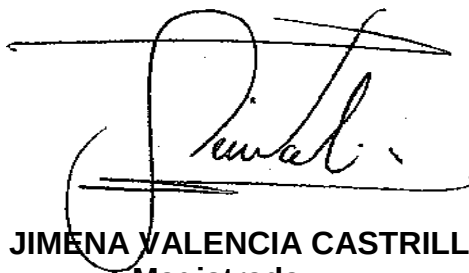
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de junio de 2021, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo Porvenir S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
 Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
 Magistrada

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized initial 'J' and 'V' followed by the name 'imena'. The signature is written over two horizontal lines.

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	11001310501620190005701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	SANDRA JANETH VÁSQUEZ DÍAZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.
LITISCONSORTE NECESARIO POR PASIVA	- ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS.S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo 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 **Sandra Janeth Vásquez Díaz** se **declare** la nulidad de la afiliación y del 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 ING hoy Protección S.A., por existir fallas en el deber de información. Como consecuencia de lo anterior, se le **condene** a trasladar a Colpensiones, los aportes, rendimientos, bonos pensionales y cuotas de administración; que se **condene** a Colpensiones a realizar todos y cada uno de los trámites para su retorno; que se **condene** a Protección al pago de los perjuicios morales ocasionados con su actuar; 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° 81 a 82 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 24 de diciembre de 1966; que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 28 años de edad; que el 17 de febrero de 1995, sin que mediara consentimiento informado, fue trasladada a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING, hoy Protección; que el traslado se realizó sin el deber efectivo de información claro, suficientes y oportuno; que no se le asesoró respecto de las consecuencias del cambio de régimen pensional, las características propias de cada uno de regímenes pensionales, así como sus pros y contras; que no goza de una expectativa pensional clara de acuerdo con los aportes realizados, pudiéndose encontrar en una mejor situación pensional; que la falla al deber de información efectiva, hace que el acto de vinculación sea anulable.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contestó (f° 131 a 156 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 24 de diciembre de 1966, y para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 28 años de edad. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restituciones mutuas en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguir previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, falta de juramento estimatorio de perjuicio como requisito procesal y la innominada o genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES**, contestó (f° 236 a 241 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el natalicio de la demandante fue el 24 de diciembre de 1966. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la innominada o genérica.

Mediante auto adiado 21 de septiembre de 2020, se dispuso la integración del litisconsorte con la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

COLFONDOS.S.A., quien contestó (archivo 5, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la fecha de nacimiento de la accionante fue el 24 de diciembre de 1966. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de perjuicios, . inexistencia del nexo causal y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de febrero de 2022 (archivo 16 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó la demandante Señora SANDRA JANETH VÁSQUEZ DÍAZ con cédula de ciudadanía No. 35.411.692, desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que tuvo a lugar el 17 de febrero de 1995 por ante AFP COLFONDOS, nulidad que afecta el traslado horizontal que realizara la demandante el 29 de abril de 1996 para con la AFP PROTECCIÓN S.A., todo ello debido a la omisión en el deber de información.

SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP COLFONDOS S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo capital, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales y en general toda suma que se ha recibido en el Régimen de Ahorro Individual, por motivo de las cotizaciones realizadas en favor de la demandante, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recepcionar los valores cuya orden de devolución se ha ordenado a las AFP PROTECCIÓN y COLFONDOS en el numeral que antecede y a validar la historia laboral de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual se declara es el único, en el que de manera válida se ha encontrado afiliada a la demandante en materia pensional.

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

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de MEDIO (1/2) SMLMV, como valor de las agencias en derecho, a cargo de cada una de las demandadas.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que la demandante nació el 24 de diciembre de 1966, y no es beneficiaria del régimen de transición pues no contaba con 35 años de edad al 1 de abril de 1994, y tampoco contaba con 750 semanas para esta data, pese a ello, este hecho no es una exigencia para verificar si se cumplió con el

deber de información al momento al traslado. Al respecto, indicó que conforme lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, en cabeza de las AFP siempre ha existido el deber de información, la que debe ser clara, precisa, coherente y ajustada a las circunstancias de cada persona que va a realizar el traslado y por ello, la carga de la prueba se encuentra en cabeza de ellas.

Encontró acreditado que la demandante, el 17 de febrero de 1995, realizó traslado de ISS a Colfondos; que para el 29 de abril de 1996, realizó traslado horizontal a colmena hoy Protección, fondo al que se encuentra actualmente afiliada. A pesar de ello, no se demostró el cumplimiento cabal y satisfactorio del deber de información, para el momento en que se realizó el traslado, esto es para el 17 de febrero de 1995, ni siquiera fue aportado el formulario de afiliación. Adicionalmente, del interrogatorio de parte no se desprende confesión que haya dado cuenta que a la fecha del traslado a la accionante se le haya brindado la información correspondiente.

Concluyendo de esta forma que, el traslado estuvo desprovisto de información suficiente, coherente necesaria, es decir que, no existió consentimiento suficientemente informado. Hecho que invalida cualquier traslado horizontal que se haya hecho adelante en el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** impetró recurso de apelación, con la finalidad que se revoque parcialmente la sentencia apelada, en lo que tiene que ver con el traslado de los gastos de administración, para el efecto sostuvo que se contribuye en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones por recibir estos conceptos, como quiera que, estos no son destinados para financiar la pensión de vejez de la demandante, aún más, cuando se están trasladado los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, que son fruto de la buena gestión de administración realizada por esta entidad. Por lo tanto, esta AFP tiene derecho a conservar estos dineros como restitución mutua a su favor. También se deben tener en cuenta que, estos gastos están debidamente autorizados en la Ley 100 de 1993, en su artículo 20, modificado 7º de la Ley 797 de 2003, en donde se faculta a los fondos de pensiones para realizar la deducción del 3% sobre el porcentaje total de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones, descuentos que operan en ambos regímenes, por lo que no debe devolverse este concepto.

Por su parte, **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el juez de instancia, a fin de que se revoque íntegramente. Como

sustento del recurso, argumentó que la declaratoria de la ineficacia quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema y la entidad no puede asumir el arrepentimiento de la demandante, quien ejerció su derecho a la libre escogencia, pues no hay prueba de coacción que viciara la manifestación de la voluntad de la accionante, adicionalmente se debe tener en cuenta que su permanencia en el RAIS se dio durante varios años y no puede esta entidad asumir las consecuencia de la falta del deber de información.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Protección 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 Colfondos, 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 Sandra Janeth Vásquez Díaz nació el 24 de diciembre de 1966 (f° 45, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculado al ISS entre el 19 de enero de 1988, al 28 de febrero de 1995 (archivo 4, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que el **17 de febrero de 1995**, se trasladó al RAIS con Colfondos, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de marzo de 1995 (f° 129 y 245 archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** que a partir del 01 de junio de 1996, realizó traslado horizontal con la AFP Colmena hoy Protección S.A. (f° 129 y 245 archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos 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).

En el presente juicio, ni siquiera fue allegado el formulario de solicitud de afiliación a la AFP Colfondos, lo que permite concluir que esta AFP no cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Por otro lado, 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 Colfondos a Colmena 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.** (Negritillas 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. (Negritillas 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**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello 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 Colfondos S.A. y Protección S.A., a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la 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.

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada AFP Protección S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

Sin Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

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:

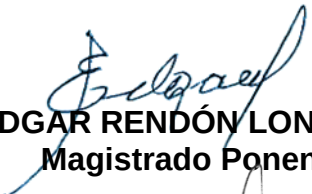
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS.S.A. y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados,

y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. 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 Protección S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

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	11001310501720190041001
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CIELO CONSTANZA BELTRÁN PERDOMO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo 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 **Cielo Constanza Beltrán Perdomo** se **declare** la ineficacia de la afiliación y del 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. Como consecuencia de lo anterior, se le **condene**, a trasladar a Colpensiones, los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, tales como aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones; 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 (fº 4 archivo 4, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 8 de diciembre 1957; que empezó a laborar en julio de 1981, con la empresa Clínica Santo Tomas, efectuando cotizaciones en el sistema general de pensiones; que el año 1999, cuando trabajaba en el Hospital de Usaquén, un funcionario de Porvenir realizó una reunión y manifestó que el régimen de prima media se iba a acabar; que la pensión en este fondo iba a ser más favorable, razón por la que aceptó el traslado; que la reunión no tardó mas de 10 minutos y a

todos los trabajadores le fue dada la misma información; que solicitó un cálculo de su pensión a la AFP y el valor dado para el cumplimiento de los 61 años fue de \$828.116; que su ingreso base de cotizaciones supera los \$4'900.000; que en Colpensiones su mesada pensional sería superior a \$3'724.020; que mediante escrito radicado el 10 de mayo de 2019, se solicitó la nulidad de afiliación al fondo de pensiones, por no haber recibido la correspondiente información de traslado, petición que fue respondida negativamente mediante correo electrónico el día 17 de mayo de 2019; que radicó derecho de petición ante Colpensiones el 10 de mayo de 2019, tendiente a que se declarara la nulidad y activación de la afiliación en el RPM, solicitud que fue negada mediante respuesta de fecha 28 de mayo de 2019.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. contestó (f° 67 a 80 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 8 de diciembre de 1957; que fue solicitado cálculo de la pensión y que el valor arrojado como mesada pensional para la edad de 61 años, fue de \$828.116; que su ingreso base de cotizaciones supera los \$4'900.000; que el 10 de mayo de 2019, fue solicitado por la accionante, la nulidad de afiliación por no haber recibido la correspondiente información de traslado, petición que fue respondida negativamente mediante correo electrónico el día 17 de mayo de 2019. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripciones de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

Por su parte, la **COLPENSIONES**, contestó (f° 115 a 121 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el natalicio de la demandante fue el 8 de diciembre de 1957; que empezó a cotizar al sistema general de pensiones con la empresa Clínica Santo Tomas en el mes de julio de 1981; que la accionante radicó el 10 de mayo de 2019, derecho de petición ante la entidad, con la finalidad que se declarara la nulidad y activación de la afiliación en el RPM, solicitud que fue negada comunicación de fecha 28 de mayo de 2019. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de, 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, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de abril de 2022 (f° 315 a 316 archivo 1 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, tampoco prospera la denominada imposibilidad de condena en costas a esa entidad.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la Sra. CIELO CONSTANZA BELTRÁN PERDOMO identificada con la C.C. 41.705.774, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, efectuado a través de la administradora de fondos de pensiones Porvenir S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la demandante señora BELTRÁN PERDOMO se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación nuevamente sin solución de continuidad, según las consideraciones precedentes.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado de la demandante señora BELTRÁN PERDOMO, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos y rendimientos, y devolver además los gastos de administración que en su momento descontó, los cuales deben ser asumidos por ella de su propio patrimonio.

QUINTO: ORDENAR a Colpensiones recibir ese traslado de fondos que efectúe Porvenir S.A., a favor de la demandante, y convalidarlos en la historia laboral para los efectos de densidad de semanas a que haya lugar.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una de ellas, por valor de \$900.000 M/Cte.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que la demandante cotizó al ISS entre el 1 de julio 1981, al 31 de diciembre de 1999; que a pesar de ello, no resulta ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera para la fecha de entrada en vigencia, contaba con 120 semanas, por ello, la demandante no cumplía con los presupuestos establecidos en la sentencia SU-062, razón por la que resultaba procedente estudiar la solicitud de ineficacia de la afiliación.

Para efecto de lo anterior, encontró acreditado que la demandante suscribió formulario de afiliación con Porvenir el 21 de diciembre 1999; sin embargo, la información allí consignada corresponde a datos generales de la afiliada, sin que de la misma, se puede establecer que esta sociedad, a través de su asesor, cumplió con el deber de brindar una información clara, suficientes y completa que le permitiera a la demandante comprender y entender las condiciones y características del RAIS en los términos de los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, así como la existencia

de un régimen de transición, la incidencia que tendría su traslado, y las características y funcionamiento del régimen pensional, entre otros. De igual forma, sostuvo que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante no se desprende confesión que demuestre el deber de información, razón por la cual, apoyado en decisiones de la Corte Suprema de Justicia, dispuso declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante a Porvenir, el día 21 de diciembre de 1999.

Respecto a la prescripción señaló que, la misma no resultaba procedente debido a que el derecho pensional se encuentre en construcción y por ende, se encontraba cobijado por el principio de imprescriptibilidad.

RECURSO DE APELACIÓN

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** impetró recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el juez de instancia, para el efecto sostuvo que, no se valoró que el consentimiento libre para la escogencia del régimen, se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, documento que no fue tachado de falso y en el cual se hace constar que la actora lo suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones, pues así lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; por lo tanto, no se trata de una simple declaración vacía, sino el cumplimiento de un deber legal, expresado con la firma de la demandante, que era plenamente capaz para obligarse.

Señaló que, siempre le garantizó el derecho al retracto, el que se probó con la publicación realizada en el diario el tiempo, como lo dispuso Decreto 1161 de 1994, sin que la accionante dispusiera de dicha faculta, lo que configura como una negligencia de su parte. Aunado a ello, señala que con la declaratoria de ineficacia se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con la que contaba la demandante.

Por otro lado, indicó que no es procedente condena por concepto de devolución de los gastos de administración, pues conforme lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 20 Ley 100 de 1993, en el RPM también se dispone un porcentaje de cotización para financiar unos gastos de administración de las pensiones de invalidez y sobrevivencia, conceptos que no forman parte integrante de la pensión de vejez, por lo que están sujetos al fenómeno de la prescripción.

Sostuvo que, ordenar la devolución de estos gastos, constituye un enriquecimiento sin causa de Colpensiones, debido a que en los términos del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, los recursos que deben ser trasladados cuando se produce el cambio de régimen, son las cotizaciones y sus rendimientos, por tal razón, los gastos

de administración no están destinados a financiar la prestación del afiliado y no pertenecen a él, sino al fondo privado como contraprestación a la gestión adelantada para incrementar el capital del afiliado en su cuenta individual. De igual forma, indica que el demandante debe ser condenado a devolver los frutos consignados en su cuenta individual ya que así lo estableció la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en lo que hace referencia a restituciones mutuas, dado que este es un efecto establecido cuando se produce la nulidad de un acto jurídico, conforme lo dispone el artículo 1746 Código Civil.

Por su parte, **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, solicitando que sea revocada parcialmente la sentencia, en lo que a la imposición de costas se refiera, para ello indicó que, por la naturaleza del proceso, la entidad debe ser vinculada al juicio como quiera que esta es la que recibe a la demandante, si bien, se realizó oposición a las pretensiones de la demanda, la misma se encuentra justificada, como quiera que la accionante se encontraba en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003, por faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión.

No fue propuesto recurso de apelación por la parte accionante.

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 el demandante a través de la AFP Colfondos, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS. De igual forma, se deberá establecer si hay lugar a la imposición de costas en primera instancia.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Cielo Constanza Beltrán Perdomo nació el 8 de diciembre de 1957 (f° 10, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculado al ISS entre el 01 de julio de 1981 al 31 de diciembre de 1999 (archivo “exp activo F-93, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **21 de diciembre de 1999**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir, el cual se

hizo efectivo a partir del 1° de marzo de 1995 (f° 82 y 83 archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital)

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–21 de diciembre de 1999–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvernir 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 de fecha 21 de diciembre de 1999, 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).

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); 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 cuarto de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la 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.

Al ser ello así, se deberán desestimar los argumentos presentados por los recurrentes y se debe aclarar que el demandante no se encuentra obligado a restituir recurso a favor del fondo demandado, no solo porque él no fue el generador de los hechos que llevaron a declarar que el acto del traslado fuera ineficaz, sino porque tal y como ha sido expuesto ampliamente en esta providencia, todos los recursos que se han ordenado devolver, contribuyen como fuente de financiamiento de las prestaciones que eventualmente llegaren a sufragar a favor del afiliado por los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

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).

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, en los términos del numeral 1° del artículo 365 del CGP, como quiera que la misma fue vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda.

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.

PRESCRIPCIÓN

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

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

Sin Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

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

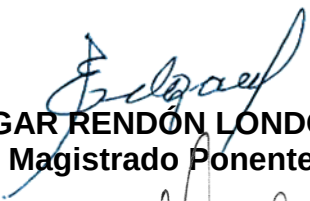
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL CUARTO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA 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, 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 Porvenir S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized initial 'J' and 'V' followed by the name 'Castrillón'.

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	110013105017201900747-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARTHA LUCÍA SUÁREZ MORALES
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE NECESARIO POR PASIVA	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo 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 **Martha Lucía Suárez Morales** se **declare** la ineficacia de la afiliación y del 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. Como consecuencia de lo anterior, se le **condene**, a trasladar a Colpensiones, los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, suma por concepto de doble aporte, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado; que se **condene** a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez; que se **condene** a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 3 a 6 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el día 19 de febrero de 1962; que laboró con Víctor Manuel López Asesores de Seguros Ltda. y VML Asesores de Seguros desde el 8 de febrero de 1982, hasta el 30 de junio de 1986, y realizó aportes al ISS; que posteriormente presto sus servicios en la Contraloría Municipal de Tunja desde el 14 de febrero de 1991, hasta el 1 de mayo de 1991, realizando cotizaciones a la Caja de Previsión del Municipio de Tunja; que con la Caja Popular Cooperativa, laboró desde el 5 de agosto de 1991, hasta el 1 de marzo de 1992 y efectuó cotizaciones al ISS; que laboró para el Instituto de Transito de Boyacá, desde el 28 de septiembre de 1992, hasta el 21 de agosto de 2002, fecha en la que fue declarada insubsistente; que mediante sentencia de segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Boyacá declaró la nulidad de la resolución de insubsistencia y fue ordenado su reintegro; que de acuerdo con lo anterior, fue reintegrada en el cargo de asesor 105 grado 07 a partir de esta fecha y desvinculada nuevamente mediante Resolución No. 160 del 23 de marzo de 2011.

Sostuvo que, a partir del 2 de marzo de 2011, siguió cotizando con la AFP Porvenir S.A. como independiente; que con el advenimiento de la Ley 100 de 1993, se crearon los fondos privados de pensiones y generándose campañas de promoción que permitieran la afiliación del mayor número de trabajadores, particularmente en el Instituto de Transito de Boyacá, en donde se valieron del entonces jefe de personal de la época Jairo López, para que por intermedio suyo se convocaran empleados, para explicar los beneficios que traería consigo el traslado de los fondos públicos a los fondos privados; que en esta reunión se les indicó que las personas podrían pensionar con un menor tiempo del exigido en la ley, que el trámite de su pensión se podría efectuar en el momento que se dispusieran y el monto de pensión sería superior al que se obtendría en Instituciones Públicas en cargadas de su reconocimiento; que se valieron de un sinnúmero de explicaciones, que repercutieron en el traslado al fondo de pensiones; que su traslado fue producto del engaño y la desinformación, por cuanto no se le suministró información veraz, precisa, exacta y completa sobre los efectos reales de esta decisión.

Agregó que, el 1 de noviembre de 1998, se trasladó al Fondo de Pensiones Colmena y luego con fecha 1 de noviembre de 1999, se trasladó con Porvenir, debido a que los promotores de este fondo manifestaron que se Colmena se encontraba en condiciones económicas difíciles, que darían lugar a su cierre y que Porvenir, contaba con suficiente solvencia económica y que ofrecería mayores prerrogativas pensionales; que en febrero de 2019, Porvenir le indicó que si deseaba pensionarse para ese mismo año, la mesada pensional correspondería a un salario mínimo

mensual, debido al capital acumulado y que para los 60 años de edad su mesada sería de \$1'200.000.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 83 a 97 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 19 de febrero de 1962. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de hecho no vicia el consentimiento; buena fe, prescripción; imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, contestó (f° 154 a 173 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la compensación o genérica.

El juzgado de conocimiento en la audiencia que tuvo lugar el 7 de abril de 2021, dispuso vincular a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, como litis consorte necesario por pasiva, conforme lo dispuesto en el art. 61 del CGP, entidad que contestó la demanda (f° 258 a 275 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a la totalidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó que el natalicio de la accionante fue el 19 de febrero de 1962. 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 declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominado o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de abril de 2022 (f° 315 a 316 archivo 1 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, y aprovechamiento indebido de recursos públicos, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la Sra. MARTHA LUCÍA SUÁREZ MORALES identificada con la C.C. 51.657.917, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado en su momento por Colmena S.A., hoy Protección S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la señora SUÁREZ MORALES se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones plasmadas en momento anterior.

CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si a ello hubiese lugar, traslado de dineros efectuados por la otra administradora, todo con sus frutos y rendimientos, ordenándose además a esta entidad, a Porvenir S.A., devolver los gastos de administración que, en su momento, los cuales deberán ser asumidos por ella de su propio patrimonio.

QUINTO: CONDENAR a Protección S.A., a devolver gastos de administración que en su momento hubiesen sido descontados, los cuales también deberán ser asumidos de su propio patrimonio.

SEXTO: ORDENAR a Colpensiones recibir el traslado de fondos que efectúen las codemandadas Porvenir S.A., y Protección S.A., y convalidarlos en la historia laboral de la demandante, para los efectos a que haya lugar en ese régimen pensional.

SÉPTIMO: ABSTENERSE de estudiar la petición de pensión de vejez, pero **ORDENAR** a Colpensiones que una vez materializado el traslado, proceda a estudiar el cumplimiento de los requisitos legales en ese régimen pensional, conforme lo dicho en precedencia.

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas, y se dispone que, en firme esta sentencia, por Secretaría se practique la liquidación de costas, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una de ellas, por valor de \$900.000 M/Cte.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que la demandante cotizó al ISS entre el 1 de julio 1982 al 31 de octubre de 1998, a la Caja de Previsión Social de Boyacá entre el 14 de febrero de 1991 al 1 mayo de 1991, a pesar de ello, no resulta ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera para la fecha de entrada en vigencia, contaba con 4 años y un mes de cotizaciones, por ello, la demandante no cumplía con los presupuestos establecidos en la sentencia SU-062 de 2013, razón por la que resultaba procedente estudiar la solicitud de ineficacia de la afiliación.

Para efecto de lo anterior, encontró acreditado que la demandante suscribió formulario de afiliación con Colmena el 30 de octubre de 1998; sin embargo, la

información allí consignada corresponde a datos generales de la afiliada, sin que de la misma, se puede establecer que esta sociedad, a través de su asesor, cumplió con el deber de brindar una información clara, suficientes y completa que le permitiera a la demandante comprender y entender las condiciones y características del RAIS en los términos de los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, así como la existencia de un régimen de transición, la incidencia que tendría sus traslado, y las características y funcionamiento del régimen pensional, ventajas y desventajas entre uno y otro régimen, entre otros aspectos. De igual forma, sostuvo que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante no se desprende confesión que demuestre el deber de información, razón por la cual, apoyado en decisiones de la Corte Suprema de Justicia, dispuso declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante a Porvenir, el día 30 de octubre de 1998 y como consecuencia de lo anterior dispuso que esta AFP traslade a Colpensiones todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si a ello hubiese lugar, traslado de dineros efectuados por la otra administradora, todo con sus frutos y rendimientos, ordenándose además a Protección, devolver los gastos de administración que, en su momento descontó.

Respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, señala que no era viable imponer esta condena, como quiera que aún no se ha materializado, ni se encuentra en firme la decisión de traslado, adicional a ello, Colpensiones no cuenta en sus arcas con los dineros correspondientes a los traslados de las AFP y tampoco obra en el expediente, prueba que acredite los requisitos de edad y densidad de semanas en el régimen pensional administrado por Colpensiones. A pesar de ello, se dispuso que una vez materializado el traslado al RPM, esta entidad deberá estudiar el derecho pensional de la actora, bajo las previsiones normativas que correspondan al caso particular.

Respecto a la prescripción señaló que, la misma no resultaba procedente debido a que el derecho pensional se encuentre en construcción y por ende, se encontraba cobijado por el principio de imprescriptibilidad.

RECURSO DE APELACIÓN

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** impetró recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el juez de instancia, para el efecto sostuvo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 1994, el formulario de afiliación es un requisito para la existencia y validez del contrato de afiliación, pues su firma da a entender la aceptación de las

condiciones del régimen al cual pertenece, al ser un documento que se presume auténtico, acredita el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo de Porvenir, entre ella, el deber de información.

Expresó que, para el momento de la afiliación, la entidad solo tenía la obligación de conservar este documento y no prueba diferente que diera cuenta de la información que se le brinda al momento del traslado, en ese sentido, el artículo 271 de la Ley 100 1993, señala que la afiliación quedará sin efecto cuando se atente contra el derecho de afiliación al sistema de seguridad social, es decir que, este articulado se refiere a situaciones dolosas, las cuales no se acreditaron en el curso del presente proceso.

Arguyó que, la entidad cumplió con el deber de información conforme con la normativa vigente al momento de la afiliación de la demandante, no obstante, en la medida que se considere que se debe confirmar la sentencia, solicita que se absuelva de las condenas por concepto de devolución de comisiones, gastos de administración, porque son conceptos se encuentra autorizado para ser descontados por parte de las AFP, como consecuencia de la buena administración del capital de la cuenta individual de la actora, que se materializa en el incremento del saldo de la cuenta de ahorro, generando rendimientos, inclusive, superiores a los autorizados por la Superfinanciera.

Por otro lado, dijo que ordenar el traslado de estos gastos a Colpensiones configura un enriquecimiento ilícito a favor de esta, como quiera que no existe norma que disponga tal devolución, por su parte, el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, establece cuales son los dineros que deben trasladarse cuando existe un cambio de régimen y estos corresponden a saldo del régimen de ahorro individual, más los rendimientos generados; por lo tanto, los gastos de administración y seguros previsionales, son conceptos no están destinados a financiar la pensión del afiliado y por ente, no pertenecen a él sino al fondo privado, por la gestión realizada para incrementar el capital de la cuenta de ahorro individual en el fondo. Al no hacer para integral de la pensión de vejez, se encuentran sujetos al fenómeno prescriptivo.

Por su parte, **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, solicitando que sea revocada parcialmente la sentencia, en lo que a la imposición de costas se refiera, para ello indicó que, por la naturaleza del proceso, la entidad debe ser vinculado al juicio como quiera que esta es que recibe a la demandante, si bien se realizó oposición a las pretensiones de la demanda, la misma se encuentra justificada, como quiera que la accionante se encontraba en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003, por faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión. Adicionalmente, señala que la imposición de costas genera detrimento patrimonial a Colpensiones y se afecta lo sostenibilidad financiera.

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 el demandante a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. y posterior a otro AFP, 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. De igual forma, se deberá establecer si hay lugar a imponer a esta última entidad costas en primera instancia.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Martha Lucía Suárez Morales nació el 19 de febrero de 1962 (f° 15, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculado al ISS entre el 01 de julio de 1982 al 30 de octubre de 1998 (f° archivo 117 a 121 archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que estuvo vinculada a Cajas de Previsión Social del Municipio de Tunja entre el 14 de febrero al 1 de mayo de 1991 (f° archivo 21 y 22 archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** que el **30 de octubre de 1998**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colmena, el cual se hizo efectivo a partir del 1 de diciembre de 1998 (f° 278 archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **v)** que realizó un traslado horizontal a la AFP Colmena a Porvenir el 29 de octubre de 1999 (f.° 278 archivo 1 exp. Digital), donde ha venido cotizando hasta la fecha.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conforme lo anterior, la AFP 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 de fecha 30 de octubre de 1998, 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).

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**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello 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 los numerales cuarto y quinto de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. y a Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la 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.

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).

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, en los términos del numeral 1° del artículo 365 del CGP, como quiera que la misma fue vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda.

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.

PRESCRIPCIÓN

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

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

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 la demandada AFP Porvenir S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

Sin Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

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,

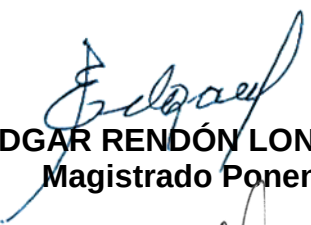
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR LOS NUMERALES CUARTO Y QUINTO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a la 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, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada 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 Porvenir S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized initial 'E' and 'J' followed by the name 'Valencia' in a cursive script.

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	11001310501820190048101
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUIS FERNANDO ZAPATA SUÁREZ
DEMANDADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo 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 Fernando Zapata Suárez** se declare que prestó sus servicios personales a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante contratos de trabajo escrito a término indefinido, en las siguientes fechas: desde el 1 de septiembre al 30 de octubre, del 1 al 30 de diciembre de 1976, del 1 al 30 de enero, del 1 al 28 de febrero de 1977, y del 1 de marzo de esta misma anualidad hasta el 27 de junio de 1999, para un total de 22 años, 8 meses y 26 días; que se declare que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo 1998 – 1999, suscrita el 15 de abril de 1998 entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de los Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero “Sintracreditario”; que como consecuencia de lo anterior, se condene a la UGPP a reconocer, liquidar y ordenar el pago de la pensión de jubilación convencional del artículo 41 del parágrafo 1 y 3 de la convención colectiva 1998 – 1999, desde el 3 de noviembre de 2011, fecha en la que cumplió los 55 años de edad; que se reconozca la prestación convencional indexada, actualizando el último salario promedio mensual devengado que fue \$1.335.825,

aplicando la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, causado desde la fecha de desvinculación a la Caja Agraria – 27 de junio de 1999, y el día que hace exigible el derecho pensional, 3 de noviembre de 2013; que la pensión sea reconocida con los respectivos ajustes legales desde el 3 de noviembre de 2013, así como las mesadas adicionales de junio y diciembre; 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° 8 a 10 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, desde el 1 de septiembre al 30 de octubre, del 1 al 30 de diciembre de 1976, del 1 al 30 de enero, del 1 al 28 de febrero de 1977 y del 1 de marzo de esta misma anualidad hasta el 27 de junio de 1999, para un total de 22 años, 8 meses y 26 días; que el último cargo desempeñado fue el de Subdirector III, grado 07, en la oficina de Puerto Berrio – Antioquia; que su último salario promedio mensual devengado fue de \$1'3335.825; que durante toda la relación laboral estuvo afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Caja Agrario “SINTRACREDITARIO”; que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999, celebrada el 15 de abril de 1998, entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de los Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero “Sintracreditario”; que la convención se hallaba vigente al momento de su despido; que su empleador dio por terminado el contrato de trabajo a término indefinido, sin que mediara justa causa.

A su vez, señaló que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-, tiene la función de reconocimiento de las prestaciones económicas legales y convencionales de los ex trabajadores, pensionados y beneficiarios de la liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, conforme lo establecido en el Decreto 2842 de diciembre de 2013; que cumplió 55 años de edad el día 03 de noviembre de 2013; que fue solicitado ante la demandada la pensión convencional, agotando de esta forma la reclamación administrativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **UGPP** contestó (f° 76 a 81 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, desde el 1 de septiembre al 30 de octubre de 1976, del 1 diciembre de 1976, al 27 de junio de 1999, para un total de 22 años, 8 meses y 26 días; que el último cargo desempeñado por él fue el de Subdirector III, grado 07, en la oficina de Puerto Berrio – Antioquia; que su

último salario promedio mensual devengado fue de \$1'3335.825; que durante toda la relación laboral el accionante estuvo afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Caja Agrario "SINTRACREDITARIO"; que la convención se hallaba vigente al momento de su despido; que la entidad tiene la función de reconocimiento de las prestaciones económicas legales y convencionales de los ex trabajadores, pensionados y beneficiarios de la liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, conforme lo establecido en el Decreto 2842 de diciembre de 2013; que el señor Zapata cumplió los 55 años de edad el día 03 de noviembre de 2013; que fue solicitado ante la demandada la pensión convencional y con ello fue agotada la reclamación administrativa. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y prescripción de las mesadas.

En atención a lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, el expediente de la referencia, fue trasladado del Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá al Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito del mismo distrito judicial.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de julio de 2021 (archivo 9 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP a reconocer y pagar a favor del demandante señor LUIS FERNANDO ZAPATA SUÁREZ, identificado con C.C. 15.364.986, una pensión convencional de jubilación, en la suma de \$2.146.971, a partir del 03 de noviembre de 2013, conforme se enuncio en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR LA COMPARTIBILIDAD PENSIONAL entre la pensión aquí otorgada y aquella reconocida por COLPENSIONES, mediante resolución n.º Resolución GNR 967 de 2015, la cual fue equivalente a \$1.241.702, a partir del 1 de enero de 2014, por lo que la UGPP deberá pagar únicamente el mayor desde la calenda en mención, conforme se expuso.

TERCERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN, sobre las mesadas causadas con anterioridad al 07 de mayo de 2016, por lo que la UGPP deberá pagar el mayor valor de aquellas que se causen a partir de la fecha mencionada, en adelante, teniendo un total de 14 mesadas anuales, advirtiendo que el retroactivo pensional, deberá ser indexados al momento de su pago, según se expuso.

CUARTO: En consecuencia, de lo enunciado en el numeral anterior condenar a pagar a la UGPP la suma de \$70.529.718. por concepto de retroactivo pensional generados por mayores valores entre el 7 de mayo de 2016 y 30 de junio de 2021, además deberá pagar la suma de \$15.134.254 por concepto de mesada catorce generada hasta junio de 2021, ya que atendiendo la fecha de causación de la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES esta entidad solo paga 13 mesadas mientras que la UGPP deberá pagar 14 mesadas anuales, conforme se expuso.

Quinto: AUTORIZAR A LA UGPP, a que, de la suma pagada por retroactivo pensional, se realicen los descuentos legales, con destino al sistema de seguridad social en salud conforme se expuso.

QUINTO: ABSOLVER a la UGPP de las demás pretensiones planteadas.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada UGPP a favor del demandante. Fíjese la suma de \$1.200.000 como agencias en derecho a cargo de cada de las accionada.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que la convención colectiva de trabajo 1998-1999 suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de los Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero “Sintracreditario”, en el artículo 41, determinó a favor de los trabajadores una pensión de jubilación; sobre su vigencia, señaló que conforme lo establecido en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL 64604 de 2018 y SL 526 del mismo año, luego de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, estos acuerdos convencionales mantienen su vigencia por el término inicialmente pactado, sin que en ningún caso pueda extenderse más allá del 31 de julio de 2010, así mismo, indicó que conforme la sentencia SL 4550 2018 y SL 2656 de 2019, este tipo de pensiones se causan con el tiempo de servicio, y el retiro del trabajador, por lo que la edad solo constituye un requisito de exigibilidad de la prestación.

Conforme con lo anterior, encontró acreditado que el demandante laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero para los periodos descrito en el libelo introductor, acumulando de esta forma, un tiempo de servicio de 22 años, 7 meses y 28 días, respecto a la edad, manifestó que los 55 años fueron cumplidos el 3 de noviembre de 2013.

Señaló que, para el 31 de julio de 2010, el demandante ya contaba con un derecho adquirido, al haber reunidos los requisitos para la causación del beneficio convencional, esto es el tiempo de servicio y la desvinculación laboral, razón por la cual reconoció la prestación convencional, a partir del 3 de noviembre de 2013, fecha en la que alcanzó los 55 años de edad, a pesar de lo anterior, en virtud de la excepción de prescripción, declaró prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 7 de mayo de 2016, en la medida que la reclamación administrativa fue presentada el mismo mes y día del año 2019.

Respecto a la cuantía, señaló que el primer factor fijo que corresponde al sueldo y prima de antigüedad, equivale a \$839.933, respecto del segundo factor, fueron

computadas las primas semestrales habituales o permanentes, incentivo de localización, sobreremuneración y salario en especie, valores que se sumaron y se dividieron por 12, arrojando un valor de \$495.892, que sumados estos dos conceptos se tiene un total de \$1'335.825 suma que al ser indexada al 2013, se obtiene un salario de \$2.862.628 y luego de aplicarle una tasa de reemplazo de 75%, fue determinada una mesada pensional de \$2.146.971 para el año 2013, prestación que fue reconocida en 14 mesadas al año, como quiera que esta fue causada con anterioridad a la vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

De otro lado, manifestó que la pensión tiene el carácter de compartida con la pensión reconocida en la resolución GNR 967 de 2015 por Colpensiones, por lo tanto, estableció que a partir del 1 de enero de 2014, la UGPP debía reconocer el mayor valor equivalente a 894.438 pesos, conforme lo dispuesto en el artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985, ratificado en el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990. De igual forma, estableció que a la entidad demandada le correspondía pagar completa la mesada 14, como quiera que la pensión reconocida por Colpensiones únicamente dio derecho a 13 mesadas al año.

Finalmente indicó que el retroactivo debía ser debidamente indexado y sobre el cual se autorizaban los descuentos al sistema de seguridad social en salud.

RECURSO DE APELACIÓN

La **UGPP**, impetró recurso de apelación con la finalidad que se revoque la sentencia apelada, para el efecto sostuvo que conforme lo establecido en el parágrafo 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, en la sentencia SU-555 de 2014 de la Corte Constitucional y distintos pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, después del 31 de julio de 2010 ya no se podrán aplicar, ni disponerse reglas pensionales en los pactos y convenciones colectivas, salvo las existentes antes de entrar en vigencia el Acto Legislativo, las cuales en todo caso perderán vigencia para el año 2010, por lo tanto, como el demandante cumplió los requisitos para acceder a la pensión convencional, esto es edad y tiempo de servicio, con posterioridad al 31 de julio de 2010, la disposición convencional ya había perdido vigencia, razón por la cual no se puede reconocer el derecho reclamado.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional establecida en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de los Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero “Sintracreditario”, a pesar de lo dispuesto en el Acto Legislativo 001 de 2005.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Luis Fernando Zapata Suárez nació el 3 de noviembre de 1958, por lo tanto, los 55 años de edad fueron cumplidos el mismo día y mes del año 2013 (f° 32 a 34, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculado como trabajador oficial con la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante contrato de trabajo para los siguientes interregnos: a) del 1 de septiembre al 30 de octubre 1976, b) del 1 al 30 de diciembre de 1976, c) del 1 al 30 de enero 1977, d) del 1 al 28 de febrero de 1977 e) del 1 de marzo de 1977, al 27 de junio de 1999; **iii)** que el último cargo desempeñado por el actor fue el de Subdirector III, grado 07, en la oficina de Puerto Berrio – Antioquia; **iv)** que su último salario promedio mensual devengado fue de \$1´3335.825 (f° 36 a 38, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **v)** que estuvo afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Caja Agrario “SINTRACREDITARIO” (f° 48, archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **vi)** que la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a través de resolución GNR 967 del 5 de enero de 2015, le reconoció al actor una pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2014, en cuantía de \$ 1´241.702,00.

PENSION DE JUBILACION CONVENCIONAL

Empieza la Sala por referirse a la norma convencional que consagra el derecho aquí pretendido, esto es, la pensión de jubilación consagrada en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, (archivo "CD folio 25", de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) que en su tenor literal señala:

ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN-REQUISITOS.

A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan Veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios. Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieron Dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y (20) años de servicio.

Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año, contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados, su pensión se regirá de la siguiente manera:

a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicios su pensión se regirá por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la Entidad al Beneficiario.

Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la ley 4a. de 1966, los beneficios establecidos en dicha Ley.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la institución. (Negrilla y subrayas fuera del texto).

PARÁGRAFO 2o. El trabajador que el dieciséis (16) de marzo de 1992 haya cumplido 18 años o más de servicios continuos o discontinuos, que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de los 47 años, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución. (negrilla y subrayas fuera del texto).

Parágrafo 3º: La pensión se liquidará así:

Primer factor fijo. Último sueldo básico más prima de antigüedad y/o técnica si la estuviere devengando.

Segundo factor valores variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extra, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante 180 días o más y el valor de la sobre remuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.

Los valores anteriores se suman y dividen por 12, con lo cual se obtiene el segundo factor.

De estos dos factores se tomará el 75% establecido.

Teniendo en cuenta la situación fáctica del actor, este se ubica en el párrafo primero, pues este es hombre y fue retirado de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero con más de 20 años de servicios a esa entidad, y sin haber cumplido la edad de 55 años.

Advierte esta Colegiatura que respecto del párrafo 1° del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL526-2018 tuvo la oportunidad de decantar lo que se ha denominado la única interpretación o entendimiento, criterio que ha sido reiterado entre otras en sentencias CSJ SL3113-2020 y CSJ SL3581- 2020. En esta última esa Corporación indicó:

*[...] Ahora bien, aunque esta Sala de la Corte había considerado que la disposición convencional bajo estudio «párrafos primero y segundo», que alude a la situación pensional de los servidores desvinculados de la Caja, admitía más de una interpretación razonable (rads. 22415 de 2004 y 36955 de 2010), siendo una de ellas la que acogió el Tribunal, lo cierto es que mediante las sentencias SL526-2018 y SL289-2018, rectificó el anterior criterio para sostener que el único entendimiento que admite el «Parágrafo 1» del artículo en cita, es el de que la pensión de jubilación allí prevista se causa o adquiere con el agotamiento **de dos requisitos: i) la desvinculación voluntaria o forzosa del trabajador y ii) la prestación del tiempo mínimo de servicio, de modo que el cumplimiento de la edad constituye una mera condición para su exigibilidad.***

En efecto, así reflexionó la Sala en la primera de las mencionadas providencias (SL526-2018):

[...] la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produzca cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

[...] Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

[...] Nótese a ese respecto que la disposición convencional parte del presupuesto de que el trabajador ya ha cumplido la materialidad laboral que le da causa a la prestación pensional: el tiempo de servicios, pero considera la circunstancia que impide al trabajador acceder a la pensión conforme a la regla general, la del cumplimiento de la edad pensional en vigencia de la relación laboral, por tanto, toma tal circunstancia como condición necesaria para el reconocimiento del derecho, esto es, que ya no exista vinculación laboral, o por causa imputable a la empresa o por iniciativa del propio trabajador, para de allí señalar que el acceso a la prestación se producirá cuando cumpla la edad de cincuenta (50) años, si es mujer, o cincuenta y cinco (55) si es hombre, lo que es tanto como decir que con el cumplimiento de las dos condiciones iniciales se tendrá el derecho, pero su goce o disfrute solo se producirá al cumplimiento de la última, la anotada edad.

[...] Entonces, siendo que los supuestos de hecho del derecho pensional aquí estudiado están limitados a la desvinculación del trabajador y la prestación del tiempo mínimo de servicio, pues la fecha del cumplimiento de la edad allí prevista es ajena a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, las únicas exigencias que lo estructuran o definen, que entiende la Corte deben producirse en el término de vigencia de ésta son las ya indicadas: desvinculación voluntaria o forzosa del servicio y tiempo del mismo.

De desatenderse tal razonamiento resultaría inane la consideración también expresa del derecho pensional en favor de los trabajadores activos, a quienes sí se les exigió como presupuesto pensional el cumplimiento de una determinada edad, cincuenta (50) o cincuenta y cinco (55) años según su género, y por supuesto la vigencia de su relación laboral, aparte del requisito material del derecho: la prestación de servicios durante un término mínimo de veinte (20) años”.

Así las cosas, para la Sala, el único entendimiento posible de dicho Parágrafo 1, es que la pensión de jubilación allí contemplada se causa o adquiere con los requisitos relativos a la prestación de los servicios por más de veinte (20) años a la citada entidad y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa, siendo la edad una condición de exigibilidad del derecho pensional; y sin que pueda exigirse el cumplimiento de un «tercer requisito» para tener derecho a ese beneficio extralegal, como lo estableció el Tribunal, esto es, la exigencia de la solicitud dentro del año inmediatamente siguiente al cumplimiento de los requisitos, lo cual, según quedó expuesto, sí se le exigió a aquellos trabajadores que completaran las exigencias convencionales durante el desarrollo de la relación laboral (incisos primero y segundo), pero no a los trabajadores que retirados del servicio, cumplan las edades con posterioridad a su desvinculación (parágrafos 1 y 2). (Negrilla fuera del texto).

En consecuencia, los requisitos para dejar causado el derecho a la pensión de jubilación convencional eran la prestación de los servicios por más de veinte (20) años a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a esa empresa, siendo la edad una mera condición de exigibilidad del derecho pensional.

Frente a este particular, encuentra la Sala de Decisión que en el sub judice, el actor fue desvinculado del servicio el 27 de junio de 1999, después de haber laborado para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero un total de 22 años, 8 meses y 26 días, situaciones que no están en discusión, por lo que resulta evidente que sí dejó causado su derecho a la pensión de jubilación convencional desde el 27 de junio de 1999, solo que para poderla disfrutar debía llegar a la edad de 55 años, los cuales cumplió el 03 de noviembre de 2013.

Ahora, frente al argumento presentado por la apoderada de la UGPP respecto de que la prestación no podía reconocerse porque los derechos pensionales extralegales se extinguieron a partir del 31 de julio de 2010, por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, se advierte que el derecho aquí reclamado fue causado o adquirido incluso con antelación a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que es evidente que esa reforma constitucional no tiene incidencia alguna en la garantía del derecho reclamado.

Ahora bien, no desconoce la Sala que el extrabajador cumplió la edad con posterioridad al 31 de julio de 2010, cuando por virtud del citado Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia, en principio, las reglas de carácter pensional que regían en pactos, convenciones, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellos el que aquí se analiza; no obstante, tal hecho no afectó el derecho pensional del promotor del litigio, pues se reitera que este se adquirió desde 1999, quedando únicamente pendiente de alcanzar la edad requerida para su disfrute, sin que este constituya una exigencia para su causación, tal y como reiteradamente y pacíficamente lo ha sostenido nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral; en consecuencia se confirmará esa decisión en este puntal aspecto.

En lo que concierne a la liquidación de esta prestación, debe realizarse conforme el parágrafo 3° del artículo 41 de la Convención colectiva de Trabajo bajo estudio, para lo cual deben tenerse en cuenta dos factores, uno fijo y otro variable, los cuales se suman y se les aplica el 75% para obtener la mesada pensional, el primero de ellos, constituido por el último sueldo básico más prima de antigüedad y/o técnica si la estuviere devengando, y el segundo, por la doceava parte de lo que sume el salario en especie, el auxilio de transporte, el incentivo de localización, los gastos de representación si los hubiere, las primas semestrales, las primas habituales o permanentes, las horas extra, los dominicales o feriados trabajados, los viáticos devengados durante 180 días o más y el valor de la sobre remuneración en el caso de que hubiese desempeñado cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el 14 de agosto de 2014, expidió certificación de lo devengado por el señor Zapata Suárez durante el último año de servicios (f° 36 a 38, archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), así:

CONCEPTO	VALOR
Sueldo Basico	626.815
Prima de Antigüedad	213.118
Gastos de Representación	0
Prima Técnica	0
Prima Jun/1998	19.539
Prima Dic/1998	1.573.638
Prima Jun/1999	1.377.586
Prime Escolar 2000	0
Prime Escolar 1999	466.978
Prima Sem Viáticos	0
Prima de Vacaciones	996.220
Incentivo Localización	1.037.916
Dominicales/Festivos	31.132
Salario en Especie	145.304
Auxilio de Transporte	0
Sobrerremuneración	302.391
Viáticos	0
Horas Extras	0
Prima Riesgo de Cajero	0
Otros	0

SUMA FACTORES VARIABLES	5.950.704
PROMEDIO	495.892
FACTOR FIJO	839.933
TOTAL PERIODO	1.335.825

Una vez verificados los valores tomados por el juez de instancia, se evidencia que son los mismos certificados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y aquí transcritos. Asimismo, se procedió a indexar el promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios a la fecha de reconocimiento de la mesada pensional, esto es año 2013, estableciéndose un valor de \$2.862.628, que luego de aplicarle una tasa de reemplazo de 75%, arrojando una primera mesada pensional de \$2.146.971, resultando acertadas las operaciones matemáticas realizadas por el a quo, razón por la que esta colegiatura también confirmará la sentencia en este punto.

COMPARTIBILIDAD DE LA PENSIÓN

Sobre el particular, es necesario señalar que la pensión de jubilación convencional estudiada en párrafos anteriores, es compartida con la reconocida por Colpensiones en la Resolución GNR 967 del 5 de enero de 2015, por expreso mandato legal con ocasión de lo previsto por el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879, de igual anualidad, y el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758, del mismo año; quedando a cargo del empleador el pago del mayor valor, si lo hubiere entre la otorgada por Colpensiones y la aquí reconocida, compatibilidad que entre otras cosas, no es materia de controversia.

Conforme lo anterior, tal y como se observará en la liquidación realizada, para enero de 2014, la prestación reconocida por Colpensiones ascendía a \$1´241.702, y la

de carácter convencional aplicando los reajustes año a año para esa misma data correspondía a \$ 2´188.622,24, de donde fácilmente se colige, que **existe un mayor valor** de **\$946.920,24** que debe asumir la UGPP, suma que dista de la hallada por la juez de primera instancia, pues en sus consideraciones señaló que esta ascendía a la suma de **\$894.438** pesos; no obstante lo anterior, se debe acotar por la Sala que se mantendrá la diferencia determinada por la juez de conocimiento, en la medida que esta asunto no fue objeto discusión por el promotor del presente juicio, sumado al hecho que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP.

Año	Pensión Convencional	Pensión Legal	Mayor valor a cargo de la UGPP
2013	\$ 2.146.971,00	\$ -	\$ -
2014	\$ 2.188.622,24	\$ 1.241.702,00	\$ 946.920,24
2015	\$ 2.268.725,81	\$ 1.287.148,29	\$ 981.577,52
2016	\$ 2.422.318,55	\$ 1.374.288,23	\$ 1.048.030,32
2017	\$ 2.561.601,87	\$ 1.453.309,81	\$ 1.108.292,06
2018	\$ 2.666.371,38	\$ 1.512.750,18	\$ 1.153.621,20
2019	\$ 2.751.161,99	\$ 1.560.855,63	\$ 1.190.306,36
2020	\$ 2.855.706,15	\$ 1.620.168,15	\$ 1.235.538,00
2021	\$ 2.901.683,02	\$ 1.646.252,85	\$ 1.255.430,16
2022	\$ 3.064.757,60	\$ 1.738.772,26	\$ 1.325.985,34
2023	\$ 3.466.853,80	\$ 1.966.899,19	\$ 1.499.954,61

PRESCRIPCIÓN

Finalmente, 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 precepto 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, el derecho se reconoció desde el 3 de noviembre de 2013, observándose que la única reclamación que existe respecto de la pensión de jubilación es la presentada ante la UGPP el 7 de mayo de 2019 (fº 40 a 46, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), y posteriormente se interpuso la presente demanda el 12 de julio de 2019 (fº 50, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), resultando evidente, que las mesadas pensionales de carácter convencional causadas con anterioridad al 7 de mayo de 7 de septiembre de 2016, se encuentran prescritas, tal y como lo definió el a quo, resultando acertada la decisión frente a este aspecto.

RETROACTIVO PENSIONAL

Conforme con lo dispuesto en el artículo 283 del CGP, se actualizará el valor de las condenas impuestas a cargo de la UGPP, hasta la fecha en que se profiera la presente decisión y por concepto de retroactivo del mayor valor existente ente la pensión convencional y la de vejez reconocida por Colpensiones, causado durante el periodo comprendido entre el 7 de mayo de 2016, al 30 de marzo de 2023. Así la cosas y efectuadas las operaciones aritméticas correspondiente, se obtiene un valor de \$121`645.271,72, el cual incluye la mesada adicional de junio de manera completa, como quiera que la reconocida por Colpensiones se reconoce por 13 mesadas al año, lo anterior, conforme la siguiente liquidación:

Año	Mayor valor	Numero de mesadas	Retroactivo
2016	\$ 989.944,14	9	\$ 8.909.497,26
Mesada 14	\$ 2.422.318,55	1	\$ 2.422.318,55
2017	\$ 1.046.865,93	13	\$ 13.609.257,06
Mesada 14	\$ 2.561.601,87	1	\$ 2.561.601,87
2018	\$ 1.089.682,74	13	\$ 14.165.875,68
Mesada 14	\$ 2.666.371,38	1	\$ 2.666.371,38
2019	\$ 1.124.334,66	13	\$ 14.616.350,52
Mesada 14	\$ 2.751.161,99	1	\$ 2.751.161,99
2020	\$ 1.167.059,37	13	\$ 15.171.771,84
Mesada 14	\$ 2.855.706,15	1	\$ 2.855.706,15
2021	\$ 1.185.849,03	13	\$ 15.416.037,37
Mesada 14	\$ 2.901.683,02	1	\$ 2.901.683,02
2022	\$ 1.252.493,74	13	\$ 16.282.418,67
Mesada 14	\$ 3.064.757,60	1	\$ 3.064.757,60
2023	\$ 1.416.820,92	3	\$ 4.250.462,77
Total			\$ 121.645.271,72

Es de aclarar que, el mayor valor tomado para efectuar la anterior liquidación, fue el determinado por la juez de conocimiento, más no el hallado es esta sentencia, lo anterior, conforme las consideraciones expuestas anteriormente.

A partir del 1 de abril de 2023, la demandada deberá pagar debidamente ajustado el mayor valor a la que tiene derecho el actor, 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.

Por lo anterior, se modificará el numeral cuarto de la sentencia consultada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada UGPP, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral Cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de julio de 2021, únicamente en el sentido de **CONDENAR** a la **UGPP** a reconocer y pagar a favor de **Luis Fernando Zapata Suárez**, la suma de \$121.645.271,72 por concepto de retroactivo del mayor valor existente ente la pensión convencional y la de vejez reconocida por Colpensiones, causado durante el periodo comprendido entre el 7 de mayo de 2016 al 30 de marzo de 2023, de conformidad a lo aquí expuesto.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la UGPP. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$1.160.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501920190002201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	DONALDO MÁRQUEZ GONZÁLEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo 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 **Donaldo Márquez González** se **declare** 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 la AFP Porvenir S.A., por falta de información veraz, completa y oportuna, acerca de las ventajas como de las desventajas de uno u otro sistema pensional y en especial de su situación personal y concreta. Como consecuencia de lo anterior, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y de ordene a Colpensiones a afiliarlo en el RPM, como si nunca se hubiese trasladado; 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 (fº 5 y 6 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que se trasladó del ISS a Porvenir el día 28 de septiembre de 2001, conforme formulario de vinculación No. 12617097; que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPM como en el RAIS, no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen pensional; que nació el 21 de octubre de 1957, y para el mismo mes

y día del año 2019, cumplió 62 años; que la AFP Porvenir que tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de brindarle una información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto al cambio de régimen pensional; que Porvenir le realizó una simulación pensional dentro del plan de vida bajo la modalidad de retiro programado, cotizando el 100% del tiempo, en la que se proyectó el valor de su mesada para el cumplimiento de los 62 años de edad, arrojando como valor \$1.117.700; que la AFP le realizó otra simulación pensional bajo esta misma modalidad, sin volver a cotizar, arrojando una mesada de \$1.081.200; que la simulación pensional realizada en el RPM, arroja una mesada pensional de \$3`398.292, conforme lo dispuesto en la Ley 797 de 2003; que cuenta con 1.994 semanas cotizadas entre el 3 de diciembre de 1980, hasta el 21 de octubre de 2019; que radicó derecho de petición ante Colpensiones el día 30 de agosto de 2018, en el que solicitó la nulidad de traslado efectuado en Porvenir; que Colpensiones mediante comunicado No. BZ2018_10768712-2651632 del 30 de agosto de 2018 dio respuesta a la anterior solicitud y negó el traslado de régimen.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (fº 63 a 70 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el accionante nació el 21 de octubre de 1957. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle, Como excepciones de mérito, propuso las de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica.

Por su parte, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, contestó la demanda a través de curado ad litem (fº 236 a 241 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el natalicio de la demandante fue el 21 de octubre de 1957; que su traslado a Porvenir se realizó el 28 de septiembre de 2001. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la parte actora al fondo de pensiones obligatorias administradas por Porvenir S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de febrero de 2022 (fº 123 a 125 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor Donaldo Márquez, identificado con C.C. No. 5.084085, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., Pensiones y Cesantías, identificada con NIT 800.144.331-3, realizado el día 28 de septiembre de 2001, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante Donaldo Márquez, identificado con C.C. No. 5.084085 al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, desde el 3 de diciembre de 1980 hasta la actualidad, como si nunca se hubiera trasladado, y por lo mismo, siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Porvenir S.A., Pensiones y Cesantías, identificada con NIT 800.144.331-3 a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del señor Donaldo Márquez, identificado con C.C. No. 5.084085 como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros, incluidos intereses, las comisiones y sin descontar los gastos de administración con destino a Colpensiones. Sumas que deben ser debidamente indexadas, asistiéndole el deber a Colpensiones de recibir dichas sumas.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones principales incoadas en su contra, incluyendo la pretensión subsidiaria.

QUINTO: Sin cosas en esta instancia.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que la consecuencia jurídica de la falta del deber de información es la ineficacia o exclusión de los efectos jurídicos del traslado del régimen y no el de la nulidad. Por lo tanto, señaló que conforme la normatividad y jurisprudencia de la sala laboral del Corte Suprema de Justicia, han establecido que cuando se trata de los traslados en los regímenes pensionales, son las entidades las encargadas de garantizar a sus afiliados una decisión libre y voluntaria, que les permita elegir entre las distintas opciones que hay en el mercado la que mejor se ajuste a sus intereses, esto es que se les describan las características, condiciones e implicación del cambio de regímenes pensionales, señalando las ventajas y desventajas en forma objetiva de cada uno de ellos, ejercicio que debe ser riguroso pues de él dependen importantes intereses sociales, como es la protección de la vejez, la invalidez y la muerte. Que luego de valorar las pruebas oportunamente allegadas, no se logró acreditar por parte de Porvenir S.A., teniendo la carga de la prueba, que a la accionante se le haya brindado una información completa, veraz y oportuna, pues el único medio de convicción en que se soporta la defensa de esta AFP, fue el formulario de afiliación, el cual, si bien se encuentra firmado por la demandante y en el cual se consigna que la afiliación se hace libre y voluntaria, esta no es suficientes para demostrar el cumplimiento del deber de información y mucho menos que el traslado haya estado

precedido de una debida asesoría, concluyendo así que la promotora de la contienda no contó con consentimiento libre y voluntario al momento de su traslado.

Declaró como asegurador para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones desde el 3 de diciembre 1980, hasta la actualidad, como si nunca se hubiese trasladado y que siempre permaneció en el RPM, ordenó la devolución de la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos financieros, intereses y comisiones sin que se descuenten los gastos de administración con destino a Colpensiones, debidamente indexados.

Finalmente, sostuvo que la declaración de la ineficacia del traslado pensional es imprescriptible, y los derechos que de allí se derivan tienen igual connotación.

RECURSO DE APELACIÓN

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** impetró recurso de apelación, con la finalidad que se revoque en su integralidad la sentencia y se absuelva a la entidad de la totalidad de las pretensiones de la demanda, para el efecto sostuvo que no es posible declarar la ineficacia con sustento en una supuesta falta de información del demandante para la época del traslado, esto es para el año 2001, pues la AFP estaba en la imposibilidad de allegar documentos al proceso, diferentes al formulario de afiliación, puesto que para la época en la que se origina el traslado, Porvenir si bien está en la obligación de brindar una información, clara, completa y comprensible, conforme lo establece el Decreto 663 y 720 de 1994, no estaba en la obligación de aportar documentos distintos al formulario de afiliación y reglamento del fondo, a los usuarios que realizaban el traslado. Dijo que, fue a partir de la Ley 1748 de 2014, que se entró a establecer la obligación expresa a cargo de los fondos, de aportar documentos al momento de realizarse el traslado de régimen pensional, sin embargo, su vigencia fue a partir del 26 de diciembre de 2014, es decir, 13 años después del traslado del actor, por ello, Porvenir estaba en la imposibilidad de realizar dicho acto.

A su vez, sostuvo que la Circular 19 de 1998, señalaba que se entendía válidamente emitido el consentimiento del demandante para trasladarse de régimen con la simple suscripción del formulario de afiliación, por ello, Porvenir cumplió con la totalidad de las exigencias normativas que tenía a su cargo para el año 2001.

Indicó que, en las consideraciones esbozadas por la juez de instancia se hace referencia a la sentencia CSJ SL1452-2019, en la que se sostuvo que no se puede tener el formulario de afiliación como prueba, para demostrar que se brindó información, sin embargo, por ello, solicita que se aleje de este precedente, como quiera que para el año 2001, Porvenir no estaba en la posibilidad jurídica de conocer dicho pronunciamiento,

Adicionalmente, afirma que las asesorías que se le brindaron al demandante al momento del traslado, fueron de forma verbal, allí se le indicó sobre los requisitos para acceder a la pensión, características de los regímenes pensionales, entre otras, por lo tanto, no se puede deducir que se omitió el deber de información.

Por otro lado, sostiene que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta que, en el RPM, también se realizan descuentos por este concepto del 3%, conceptos que no están llamados a financiar la pensión de vejez, y por ende no le pertenece al afiliado en cualquiera de los dos regímenes.

Manifestó que, la Superintendencia Financiera expidió Circular el 15 de enero de 2020, en las que se indicaba que cuando se declaraba la ineficacia en el traslado, los únicos dineros que se debían retornar a Colpensiones serían las cotizaciones y los rendimientos. Entonces, ordenar su traslado por conceptos diferente a los allí señalados, constituyen un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones, como quiera que no hay norma legal, ni constitucional que disponga, la devolución de los gastos de administración, por el contrario, el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, establece que cuando hay un cambio de régimen los únicos dineros que se retornan son las cotizaciones y rendimientos, sin que se haga referencia a gastos de administración o suma distinta a esto conceptos. En este mismo sentido, argumentó que estas sumas de dinero le corresponden a Porvenir por su excelente gestión en la generación de rendimientos de las cotizaciones realizada por el demandante durante todo el tiempo de su vinculación en el RAIS.

Finalmente, solicita que se declare la prescripción sobre los gastos de administración, como quiera que estos no están llamados a financiar la prestación de vejez.

Por su parte, **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el juez de instancia, a fin de que se revoque íntegramente, como sustento del recurso, argumentó que se pasó por alto que, para la fecha del traslado del demandante, la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993, por ello solo bastaba la aceptación espontánea, libre, expresa del afiliado para realizar el traslado, que se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación.

Arguyó que, para la fecha del traslado, no se encontraban vigente la Ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de dar una doble asesoría a sus afiliados, así las cosas, el análisis de la información debe ser valorado bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del traslado o la materialización del traslado. Por tal razón, no es válidamente exigir de las AFP obligaciones y soportes de

información no prevista en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen, pues ello desvirtúa el principio de confianza legítima, y legalidad y debido proceso.

Adujo que, sin haber participado en el trámite del traslado es quien debe asumir la carga de la prestación, es por ello que, no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, pues esta entidad es un tercero y los actos jurídicos tienen efectos interpartes y las consecuencias que se deriven de la celebración de este, solo repercuten entre las partes involucradas, sin que Colpensiones resulte perjudicada por el contrato celebrado entre el demandante y la AFP.

Sostuvo que, las AFP solo cuentan con el formulario para la demostración del deber de información, debido a que las normas no exigían documentos adicionales a este, imponer cargas adicionales, cuando la norma no lo establecía, se torna imposible y conlleva a la violación del principio de legalidad.

Indicó que, el accionante ha permanecido en el RAIS por más de 21 años, por lo cual Colpensiones resulta afectada con la decisión adoptada, debido a que se genera afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, pues existe prohibición expresa que los filiados se trasladen cuando les falte 10 años o menos para cumplir la edad y tener derecho a la pensión. Esta prohibición tiene su razón de ser, pues busca proteger el fondo común, debido a que los recursos que recibe por cotizaciones al sistema, no son suficientes para pagar las pensiones de nuevos afiliados.

Finalmente, acotó que en el caso que se llegare a confirmar la decisión, solicita que se mantenga la condena impuesta a la AFP, frente al reintegro de los conceptos descrito en la sentencia. De igual forma, solicita que se adicione la sentencia, con la finalidad que la afiliación a Colpensiones, solo se haga efectiva cuando la AFP cumpla con su obligación, dado que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a las obligaciones impuestas, hasta tanto, no se reintegren los recursos y se actualice la información del demandante, en la respectiva base de datos.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso 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 el 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 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 el Donaldo Márquez González nació el 28 de septiembre de 2001 (f° 12, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculado al ISS entre el 3 de diciembre de 1980, al 31 de octubre de 2001 (f° 34 a 37 archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **28 de noviembre de 2001**, se trasladó al RAIS con Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1 de noviembre de 2001 (f° 14 y 115 archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-28 de noviembre 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 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 Colfondos de fecha 04 de septiembre de 1998, 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).

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); 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 Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la 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.

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).

Ahora bien, con la finalidad de atender la solicitud del apoderado de Colpensiones relacionada con que se indique que, la afiliación del accionante solo se hace efectiva, una vez la AFP cumpla con la obligación de trasladar los recursos y actualice la información del afiliado, es necesario advertir que, conforme las elucubraciones expuestas en esta providencia, esta solicitud no es acogida por la sala de decisión, en la medida que, el efecto de la ineficacia, como ya se dijo, es retrotraer las cosas al estado en que se encontraban previa al traslado, como si el acto jurídico no hubiese existido, por lo tanto, debe entenderse que la afiliación del promotor de la contienda es sin solución de continuidad desde el 3 de diciembre de 1980.

PRESCRIPCIÓN

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

Por otro lado, tenemos que ni los gastos de administración ni los valores por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, tampoco son objeto del

fenómeno prescriptivo, habida cuenta que estos recursos al contribuir con la financiación y construcción de un derecho pensional tampoco podrían ser objeto de prescripción, aún más, cuando estos recursos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza no solo el pago de las eventuales prestaciones a las que pudiera tener derecho el aquí demandante, sino, el de todos los afiliados del régimen de prima media con prestación definida.

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada AFP Protección S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó. Sin Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

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

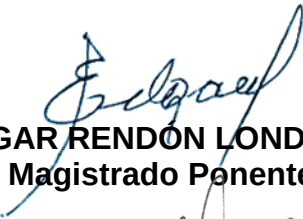
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. 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 Porvenir S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

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	110013105020202000277-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUIS GUILLERMO JIMÉNEZ TRIVIÑO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo 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 GUILLERMO JIMÉNEZ TRIVIÑO** se ordene a Colpensiones reconocerle la pensión de vejez, junto con el retroactivo desde su causación; se ordene la compulsa de copias a la Fiscalía General de la Nación, a fin de establecer responsables en la falsificación material de la firma en el formulario de traslado de régimen a la AFP Porvenir; se establezca cuál es el fondo pensional que debe otorgarle la pensión por jubilación; y se condene en costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que era cotizante al ISS desde 1975, que contaba con 1.562 semanas y tenía 62 años de edad; que una vez solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones, esa entidad mediante Resolución SUB 272421 del 2 de octubre de 2019, le negó el derecho argumentando que se había presentado traslado de régimen, por lo que no era competente para estudiar su derecho pensional, y allí mismo se presentó un cuadro de reporte de traslado, donde se evidenciaba que

con fecha 02 de agosto de 2008, se había anulado el traslado de Colpensiones a Porvenir, quedando como entidad definitiva para otorgar el derecho a pensión Colpensiones; que Porvenir señaló que no reconoce el derecho pensional porque su afiliación era con Colpensiones, y que elevó petición a la defensoría del consumidor financiero Colpensiones solicitando solución a su caso, pero que le indicaron que debía acudir a la vía judicial ordinaria.

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 que el actor era cotizante al ISS hoy Colpensiones desde 1975 y su edad, y que expidió la Resolución SUB 272421 del 2 de octubre de 2019, y su contenido; frente a los demás dijo que no eran ciertos y que debían probarse.

Propuso como excepciones de fondo, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 06 carpeta 1ª inst. exp digital), allanándose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el traslado a esa AFP había sido anulado el 2 de agosto de 2008, toda vez que la firma del cotizante no correspondía; que se negó a reconocer la pensión de vejez porque esta le corresponde a Colpensiones; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Aclaró que, conforme un estudio grafológico que se realizó se había determinado la falsedad en el documento de solicitud de vinculación a Porvenir, razón por la que había devuelto los aportes del actor realizados entre octubre de 2006, y diciembre de 2014, a Colpensiones.

Formuló como excepciones de fondo las de, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de octubre de 2021 (archivo 13-14 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el señor LUIS GUILLERMO JIMÉNEZ TRIVIÑO se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media en virtud la anulación del traslado de la afiliación al régimen de ahorro individual realizado por la ADMINISTRADORA DE FONDO DEPENDENCIAS Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR al ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante LUIS GUILLERMO JIMÉNEZ TRIVIÑO, la pensión de vejez consagrada en el Artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, en cuantía de (\$1.748.075). mensuales, a partir del 01 de agosto del año 2021, junto con las mesadas adicionales; los reajustes legales anuales, y debidamente indexadas mes por mes hasta el momento del pago conforme al I.P.C. certificado por el DANE, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., de las pretensiones incoadas por el demandante LUIS GUILLERMO JIMÉNEZ TRIVIÑO identificado con cedula de ciudadanía No. 11.335.198, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Téanse por secretaria incluyendo como agencias en derecho el equivalente a un (01) SMLMV.

(...)

Para fundamentar su decisión, sostuvo que Porvenir no solo se había allanado a las pretensiones, sino que además había acreditado la anulación del traslado al RAIS en virtud del estudio grafológico que determinó la falsedad en el formulario de vinculación a esta; que en virtud de ello, habían remitido a Colpensiones las cotizaciones obligatorias del actor, por ende, el demandante se encontraba válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones.

Por tanto, fijó como problema jurídico determinar si el señor Jiménez cumplía con los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en el RPM. En tal sentido señaló que, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, establecía los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el RPM, exigiendo para los hombres acreditar 62 años de edad y haber cotizado un mínimo de 1.300.

Indicó que, revisada la historia laboral expedida por Colpensiones y actualizada al 7 de septiembre de 2021, se observaba que el actor acreditaba un total de 1.234,29 semanas, lo que en principio indicaría que el actor no cumplía con las 1.300 semanas exigidas por la norma; no obstante, advirtió el a quo que en esa historia laboral existían periodos que a pesar de estar reflejados en la historia laboral con días reportados con cero (0) días cotizados con la anotación «*no vinculado traslado RAI*»; por ejemplo, para los periodos agosto y noviembre de 2007, noviembre y diciembre de 2008, junio de 2009 a abril de 2013, enero de 2015, a septiembre de 2018, y octubre de 2019, a julio de 2021, lo que equivale a 3.645 días, es decir, 520,71 semanas, las cuales extrañaba el despacho porque no le fueron reportadas como días cotizados, ni computadas, pese a que el señor Jiménez se encuentra válidamente afiliado al RPM, y que Porvenir demostró que había reintegrado a Colpensiones los valores recibidos por cotizaciones del actor.

Señaló que, al sumar las semanas acreditadas en el plenario se tenía que el señor Jiménez había acreditado un total 1.754,71 a julio de 2021, por lo que estaba acreditado este requisito; y que como quiera que este nació el 26 de junio de 1957, a la misma calenda del año 2019, cumplió los 62 años de edad, por tanto, concluyó que tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Indicó que, si bien el derecho se causó desde el 26 de junio de 2019, el disfrute de la prestación estaría condicionado al retiro del sistema, y como quiera que el último aporte lo fue por los 30 días del mes de julio de 2021, la pensión se debía pagar a partir del 1° de agosto de ese mismo año, determinando el IBL como lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y la tasa de reemplazó que se determine conforme el artículo 34 de la citada norma. Agregó que, una vez realizadas las operaciones aritméticas, se evidenciaba que al actor le era más favorable el IBL de los últimos 10 años, el cual correspondía a \$2.248.040 y que al aplicarle una tasa de reemplazo del 77.76% arrojaba una mesada pensional de \$1.748.075 para el año 2021, la cual debía pagarse con la mesada adicional, los reajustes anuales y debidamente indexada mes por mes hasta el momento del pago conforme al IPC certificado por el DANE.

Sostuvo que, en este asunto no operaba la excepción de la prescripción, porque la prestación se debía empezar a pagar desde el 1° de agosto de 2021, y la demanda se había radicado el 2 de septiembre de 2020.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que el actor se encuentra afiliado al RAIS por ende no sería competente para reconocer la pensión de vejez, pues en la historia laboral de Colpensiones se indica «*No Vinculado Traslado RA/*».

De otro lado, indicó que conforme la historia laboral de Colpensiones el promotor del litigio no acreditaba las semanas requeridas por la norma para acceder a la prestación de vejez, pues tiene 1.234,29 semanas y requiere 1.300.

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, primero, si el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones o a la AFP Porvenir S.A.; y segundo, si cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. 10038

Respecto del primer asunto, advierte la Sala que en el expediente obra prueba de que el 17 de enero de 2008, la empresa Poseg Ltda en calidad de empleador del promotor de este litigio radicó derecho de petición ante Porvenir requiriendo se investigara el hecho de que el señor Jiménez no había firmado formulario de traslado a esa AFP, y por ende solicitaba el traslado de los aportes realizados en su favor a Colpensiones (f.º 16-18 archivo 01 carpeta 1ª inst exp. Digital); así mismo, el actor el 8 de febrero de 2008, le dirigió comunicación a la Jefe de servicios al Afiliado Bogotá de Porvenir, para que esa AFP devolviera sus aportes a Colpensiones, dado que NO firmó afiliación a Porvenir existiendo una falsedad (f.º 19 archivo 01 carpeta 1ª inst exp. Digital).

Ante la anterior situación la AFP Porvenir inició una investigación y el 3 de marzo de 2008, el perito de documentos cuestionado grafólogo analista de investigaciones

Porvenir, rindió informe de análisis grafológico (f.º 21 archivo 01 carpeta 1ª inst exp. Digital, indicando:

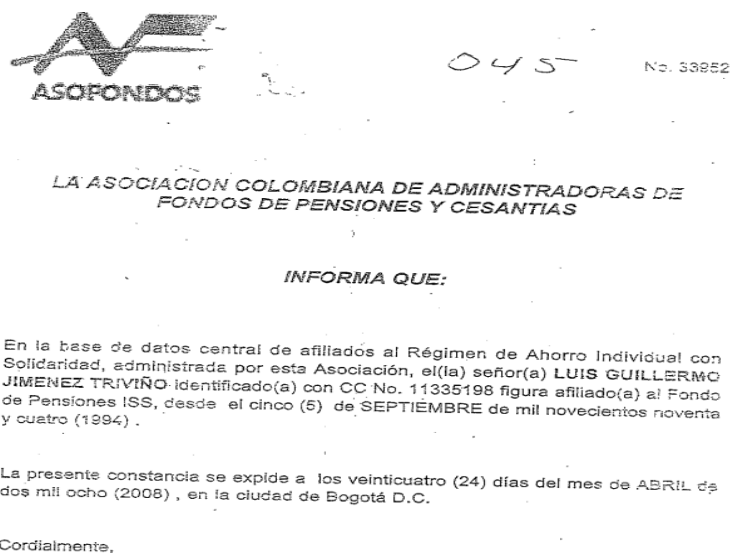
(...)

Teniendo en cuenta la solicitud mencionada, se procedió al estudio de la firma del formulario de afiliación folio No. 01982176 de fecha 09 de noviembre de 2006 el cual aparece relacionado al número de cedula de esta personal. Al cotejar la firma del folio con la realizada en la carta presentada por el señor Jimenes Triviño, con diligencia de autenticación ante la Notaria 56 del Círculo de Bogotá, se pudieron observar discrepancias de diseño, movimientos generadores de los trazos, extensión, desplazamiento y ubicación en el espacio gráfico, concluyendo que la signatura que suscribe el formulario de afiliación referido, no se identifica con la firma autógrafa del titular.

Por lo anterior se sugiere retirar de la base de datos a este afiliado por inexistente y remitirlo a su anterior administrador. (...)

La AFP Porvenir el 10 de marzo de 2008, le informó al representante legal de la empresa Poseg Ltda, que «fue desactivada en nuestra base de datos la afiliación del señor Luis Guillermo Jiménez Triviño identificado con cedula de ciudadanía 11.335.198».

Por su parte ASOFONDOS el 24 de abril de 2008, certificó:



Igualmente, Porvenir en comunicación del 03 de junio de 2014 le informó al actor que:

Así mismo, aclaramos que la vinculación registrada en la vigencia 2006/11/09/ a 2007/01/01 registra en nuestro sistema anulada por fraude en el formulario. En este sentido, detallamos los aportes que fueron girados a Colpensiones por el proceso de No Vinculados, de acuerdo con lo establecido por Asofondos.

Y Colpensiones expidió la siguiente certificación:



043



LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

CERTIFICA QUE

Verificada la base de datos de Afiliados, el Señor (a) **LUIS GUILLERMO JIMENEZ TRIVIÑO** , identificado (a) con **Cédula de Ciudadanía** número **11335198**, se encuentra afiliado (a) desde **27/07/1975** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** y su estado es **ACTIVO COTIZANTE**.

VERIFICADO
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA
DE COLOMBIA

INFORMACIÓN HISTÓRICA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES				
Novedad	Código Entidad	Entidad Definitiva	Fecha	MultivinculaciónDecreto 3995/2008
Traslado Aprobado de COLPENSIONES o a un Fondo de Pensión	3	PORVENIR S.A.	01/01/2007	No Aplica
Traslado Aprobado de COLPENSIONES o a un Fondo de Pensión	3	PORVENIR S.A.	01/08/2008	No Aplica
Anulación Traslado	23	COLPENSIONES	02/08/2008	No Aplica

La presente certificación se expide en Bogotá, el día 17 de octubre de 2019.

Además, en la historia laboral expedida por Colpensiones se evidencia que los empleadores del actor siempre han realizado los aportes en pensiones a esa entidad, y que esta registra unos como aplicados al periodo declarado y otros como no vinculado trasladado RAI.

Entonces, conforme el material probatorio analizado, es evidente que el señor Jiménez esta válidamente vinculado al RPM administrado por Colpensiones, puesto que si bien existió un traslado al RAIS, el mismo se anuló por parte Porvenir, y así se comunicó incluso a Asofondos quien certificó que el actor pertenecía al RPM. Y pese a que Colpensiones en su historia laboral para algunos periodos registra la observación «*vinculado trasladado RAI*», lo cierto es que también certificó el 17 de octubre de 2019, que el señor Jiménez se encuentra afiliado a ese régimen desde el 27 de julio de 1975 y que su estado era activo cotizante. En consecuencia, se confirmará la decisión del a quo, respecto de que el demandante estaba válidamente afiliado al Régimen de Prima Media.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Pretende el demandante se reconozca su pensión de vejez, para lo que es necesario verificar lo señalado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, siendo pertinente citar está en su tenor literal:

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

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

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

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

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

(...)

Al verificar los requisitos exigidos se tiene que el señor **LUIS GUILLERMO JIMÉNEZ TRIVIÑO**, nació el 26 de junio de 1957, concluyendo que llegó a los 62 años de edad esa misma calenda del año 2019, data última para la cual debía acreditar 1.300 semanas para acceder a su derecho pensional.

Encuentra la Sala que en el expediente existente varias historias laborales expedidas por Colpensiones, así:

HISTORIA LABORAL	SEMANAS REPORTADAS	OBSERVACIONES
Actualizada al 7 de septiembre de 2021	<u>1.234,29</u> semanas cotizadas entre el 27 de julio de 1975 y el 31 de julio de 2021.	Entre el 1° de agosto de 2007 y el 31 de julio de 2021, existen muchos periodos en lo que se registraron 30 días trabajados y reportados, pero donde los días cotizados corresponde a cero (0), con la observación «Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo», o «No Vinculado Traslado RAI».
Actualizada al 12 de marzo de 2021	<u>1.306,43</u> semanas cotizadas entre el 27 de julio de 1975 y el 31 de enero de 2021.	Entre ese mismo periodo también existen ciclos donde se registraron 30 días trabajados y reporta y cotizados, con la observación «Pago aplicado al periodo declarado».

Además, en ambas historias laborales concuerda el hecho de que el actor desde abril de 2013 labora para Aguas de Bogotá SA. EPS, sin que se hubiese reportado novedad de retiro por parte de ese empleador.

Asi las cosas, es evidente que no hay certeza de cuantas semanas exactamente tiene cotizadas el demandante a la fecha, pues las historias laborales expedidas por Colpensiones ambas en el año 2021, reportan serias anomalías, las cuales deben ser corregidas por esa entidad.

Sin embargo, de lo que si existe certeza es que el actor tiene cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de vejez, ya que acreditó la edad al 26 de junio de 1957, data para la cual también cumplía con las 1.300 semanas, si se tiene en cuenta los periodos trabajados y reportados, pero no cotizados ni sumados en el total de semanas por Colpensiones. Por ende, es claro que el promotor del litigio tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, desde la fecha de su causacion, que en principio lo sería desde 26 de junio de 2019.

Sin embargo, como quiera que no se tiene certeza exacta de la totalidad de semanas cotizadas, lo cual es de vital importancia para determinar la tasa de reemplazo, y teniendo en cuenta que para la liquidación de la prestación se deben tener en cuenta absolutamente todas las semanas cotizadas y el Ingreso Base de Cotización de toda la vida y/o de los últimos 10 años de aportes según le sea más favorable, se hace necesario la consolidación de la historia laboral.

Sumado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida también es necesario la desafiliación del sistema, conforme lo exige el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990; no obstante, en este asunto no se acreditó la novedad de retiro o desafiliación del sistema, y no podemos tener en cuenta la última cotización realizada porque desconocemos si el señor Jiménez continúa vinculado laboralmente a Aguas de Bogotá SA. EPS.

En consecuencia, se modificará el numeral segundo del resuelve de la sentencia de primera instancia, con el fin de ordenar a Colpensiones que una vez se consolide la historia laboral, liquide la pensión de vejez del señor **LUIS GUILLERMO JIMÉNEZ TRIVIÑO**, en el porcentaje que le corresponda conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y teniendo un salario base de liquidación de toda la vida laboral o de los diez últimos años de cotización, lo que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año, para lo cual deberá tenerse en cuenta la fecha efectiva de desafiliación del sistema; además deberá tener en cuenta que el actor causó su pensión con posterioridad al Acto legislativo 01 de 2005, por lo que tendrá derecho a 13 mesadas pensionales al año.

COSTAS

Sin Costas en esta instancia.

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

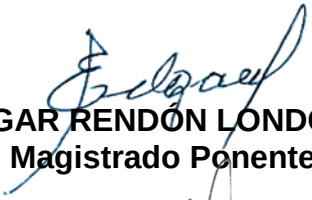
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a Colpensiones que una vez se consolide la historia laboral, liquide la pensión de vejez del señor **LUIS GUILLERMO JIMÉNEZ TRIVIÑO**, en el porcentaje que le corresponda conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y teniendo un salario base de liquidación de toda la vida laboral o de los diez últimos años de cotización, lo que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año, para lo cual deberá tenerse en cuenta la fecha efectiva de desafiliación del sistema, y que tendrá derecho a 13 mesadas pensionales al año, acorde con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

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	11001310502720190065601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA DEL PILAR PÉREZ GAVIRIA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE NECESARIO POR PASIVA	- COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo 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 Del Pilar Pérez Gaviria** se **declare** 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 la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, se **declare** que continua y se encuentra afiliada a Colpensiones; que se **condene** a Porvenir a devolver a esta última, todas las sumas adicionales, saldos con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hayan causado, así como los gastos de administración, fondos de solidaridad; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente, deprecó el pago de la pensión de vejez a cargo de la AFP Porvenir, en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con el régimen de prima media con prestación definida.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 5 a 11 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 11 de octubre de 1966; que efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones para los riesgos de I.V.M., entre el 21 de septiembre de 1987 y hasta el 31 de marzo de 1995, cotizando un total de 243,57 semanas; que a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá acudieron asesores de Horizonte, para el mes de abril de 1995, con la finalidad de adelantar afiliaciones y traslado al RAIS; que recibió información deficiente y sesgada, omitiendo generar datos trascendentales para el reconocimiento de la pensión por vejez en el RAIS, de cara a las condiciones más favorables con relación al RPM; que la afiliación fue realizada el 21 de marzo de 1995, con el formulario No. 197495; que la conducta del asesor comercial de la AFP Horizonte, fue violatoria de lo dispuesto en las circulares 030 y 037 de 1994, de la Superintendencia Bancara; que dicha omisión trajo consigo varias irregularidades en su afiliación, que la llevaron a realizar una nueva afiliación mediante el formulario No. 20283378 del 30 de noviembre de 2018; que la AFP Horizonte, no procedieron a subsanar dicha actuación; que esta AFP como sus sucesora han impuesto su fuerza de venta como objetivo un número mínimo de afiliaciones que sus asesores deben reportar de manera mensual.

Sostuvo que, las conductas engañosas del asesor comercial fueron violatorias de la ley, decretos y circulares de la Superfinanciera; que la debida información genera una diezma en el futuro valor de su pensión de vejez; que al momento de su afiliación, no se brindó información veraz, asesoría eficaz, no se efectuó cálculos de los valores a obtener por valor de la mesada pensional; que se le indicó que el ISS iba a desaparecer; que se le indicó que en el RAIS podría pensionarse en cualquier y con mejores condiciones económicas en comparación con el RPM; que no se le ilustró sobre las diferencias de ambos regímenes, sobre las modalidades pensionales del RAIS; que al momento del traslado se le prometió beneficios pensionales anticipados que no eran susceptibles de darse en la realidad; que no tuvo la oportunidad de comparar los beneficios de cada uno de los regímenes; que su traslado es ineficaz, al no haberse efectuado de manera libre, consciente, espontánea, voluntaria y suficientemente informado; que el asesor comercial que la afilió no contaba con la calificación académica y profesión suficiente para brindar toda la información necesaria y esencial.

Indicó que, el 30 de enero de 2019, solicitó ante Colpensiones proyección pensional, historia laboral, entre otras; que esta entidad en oficio No. 0403442 del 8 de febrero de 2019, dio respuesta a la petición; que el 30 de enero de 2019, solicito ante Porvenir proyección pensional, comparativo con la pensión reconocida en el RPM, entre otras, que en oficio del 14 de mayo de 2019, respondió su solicitud, en donde se indicó que para la mesada pensional para el cumplimiento de los 57 años sería de \$828.116, mientras que en el RPM sería de \$4.106.400; que existe una diferencia entre las pensiones reconocidas entre uno y

otro régimen de \$3`278.284; que la deficitaria, inexacta e inexistente información suministrada, su futuro pensional se vio diezmado en un 70%.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 69 a 107 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 11 de octubre de 1966; que efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones para los riesgos de I.V.M., entre el 21 de septiembre de 1987 y hasta el 31 de marzo de 1995, cotizando un total de 243,57 semanas. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

Por su parte, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 6, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el natalicio de la demandante fue el 11 de octubre de 1966. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser cierto. 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 juzgado de conocimiento, a través de proveído adiado 13 de enero de 2020, dispuso la vinculación de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** como litisconsorte necesario por pasiva, quien contestó la demanda (archivo 9, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el nacimiento de la accionante acaeció el 11 de octubre de 1966. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS; ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación, pago e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de abril de 2022 (archivo 18, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARÍA DEL PILAR PÉREZ GAVIRIA del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y los posteriores traslados efectuados entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demanda SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA DEL PILAR PÉREZ GAVIRIA, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora MARÍA DEL PILAR PÉREZ GAVIRIA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

QUINTO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso, como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que la demandante se trasladó del RPM al RAIS el 5 de mayo de 1995, solicitando a través de formulario, su vinculación con la AFP Horizonte hoy Porvenir; que para 23 de mayo de 2001, realizó traslado horizontal, afiliándose en esta oportunidad a Colfondos. También encontró acreditado que la afiliada para el 29 de septiembre de 2010 se vinculó con la AFP Porvenir; que para el 18 septiembre 2014, retorna a Colfondos. Finalmente, encontró acreditado que el 30 de noviembre de 2018, la accionante se afilia una vez más a Porvenir, entidad a la que se encuentra afiliada actualmente.

Indicó que, Porvenir no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen pensional, ni tampoco cuando decidió retornar a esta administradora, momento en el que podía devolverse al RPM, pues no se encontraba incurso en la prohibición legal. A su vez, señaló que, no obra prueba alguna que acredite que se le haya dado informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, debido a que la única prueba con la que el fondo demandado pretende demostrar la debida información otorgada a la afiliada, es con la suscripción del formulario de afiliación, con lo que no es posible determinar la asesoría o información que en su momento dio el respectivo asesor, este no da cuenta del consentimiento informado al momento de trasladarse al RAIS como lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral.

Sostuvo que, esta carga tampoco fue asumida por Colfondos al momento en el que la demandante se trasladó a este fondo privado, pues de ningún modo, esta entidad demuestra la información brindada al momento de su afiliación.

Por lo anterior, concluyó que Porvenir y Colfondos incumplieron de manera notoria su deber de proporcionar información, clara, completa a la accionante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse del régimen pensional y permanecer en él, adicionalmente, sostuvo que estas entidades incumplieron con el deber de buen consejo y asesoría y se vulneraron principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales.

En cuanto a la excepción de prescripción, dio que no opera ese fenómeno, para lo cual se fundó en sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación, con la finalidad que se revoque en su integralidad la sentencia y se absuelva a la entidad de la totalidad de las pretensiones de la demanda, para el efecto sostuvo que, no fue demostrado el supuesto engaño sufrido por la accionante, así como la falta de información al momento de la asesoría, pues al revisar los formularios de afiliación, se encuentra con la manifestación expresa que la demandante realizó el traslado libre de apremios y por su propia voluntad, por lo tanto, su afiliación al RAIS se hizo con el lleno de los requisitos legales, sin que en su oportunidad haya querido retractarse de ellas, razón por la cual, no podría ordenarse su reintegro automático.

Aunado a lo anterior, sostuvo que la gestora de la acción, debe asumir las consecuencias de sus propias decisiones, y regirse por las normas que regulan el RAIS, no siendo procedente alegar después de 27 años que fue engañada, solo por observar sus expectativas pensionales fueron fallidas, por tanto, su afiliación al RAIS es totalmente válida.

Sumado a ello, indicó que en los términos de los artículos 1516 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso, le correspondía a la demandante demostrar el engaño sufrido, hecho que no fue posible comprobar en este caso.

Por su parte, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el juez de instancia, a fin de que se revoque la decisión, como sustento del recurso, argumentó que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, pues su decisión fue libre y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, y con el

cumplimiento de las normas que se hallaban vigentes para la fecha en la que se produjo, pues antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz, sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del régimen, aparte de ello, suscribió el formulario de vinculación de manera libre y voluntaria, el cual cumplía con los requisitos de ley y que fue aprobado por la Superintendencia Bancaria.

Frente a la condena de devolver rendimientos y gastos de administración, indicó que no resulta coherente que se declare la ineficacia en unos sentidos y en otros no, pues la consecuencia de la ineficacia es que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, en ese sentido se tendría que los frutos dado por la administración de los recursos de la demandante tampoco se generaron. Por otro lado, al ser los rendimientos privativos del RAIS, pondría en una condición diferente a la señora Pérez Gaviria si se encontrara en el RPM, dado que recibiría dineros que no se generaron en este régimen pensional, en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

Respecto a los gastos de administración, señala que estos conceptos tienen por mandato legal una destinación específica, el cual cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual la demandante ha mantenido su vinculación al RAIS, de tal surte que estas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran en poder de esta AFP, pues han sido desinados a la correcta administración de los recursos aportado en la cuenta individual de la accionante. Por lo tanto, la devolución de estos conceptos resulta improcedente conforme lo conceptuado por la Superfinanciera, en donde señaló que los traslados de los recursos entre regímenes pensionales deben efectuarse conforme la norma específica prevista para ello, que lo es el artículo 7 del Decreto 3995 de 1998, por lo tanto, no se puede ordenar el traslado de conceptos que no están allí incluidos.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso 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 el demandante a través de la AFP Porvenir, y posterior a otras AFP, 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 Del Pilar Pérez Gaviria nació el 11 de octubre de 1966 (f° 26 y 45, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculado al ISS entre el 21 de septiembre de 1987, al 31 de marzo de 1995 (f° 27 archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **21 de marzo de 1995**, se trasladó al RAIS con Horizonte hoy Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1 de abril de 1995 (f° 46 archivo 1, f° 17 archivo 9, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iv)* que realizó traslados horizontales a la AFP Colfondos el 23 de mayo de 2001, a la AFP Porvenir el 29 de septiembre de 2010, a la AFP Colfondos el 18 de septiembre de 2014 y retorna una vez más a la AFP Porvenir el 30 de noviembre de 2018, donde ha venido cotizando hasta la fecha. (f.º 60 archivo 6, de la carpeta 1ª del 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 **-21 de marzo 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 Horizonte 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 Colfondos de fecha 21 de marzo de 1995, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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**, 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); 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. y a la AFP Colfondos, a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, , durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a estas administradoras, 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.

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

Sin Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

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:

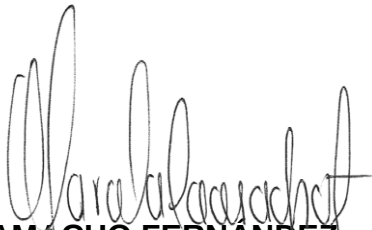
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar 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, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada 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 Porvenir S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

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	110013105027201900759-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JAIRO ESTEBAN NORIEGA LAVERDE
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo 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 **JAIRO ESTEBAN NORIEGA LAVERDE** se **declare** nulo el 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 todos sus aportes debidamente indexados; que se **ordene** a Colpensiones tenerlo como afiliado del RPM como si nunca hubiese estado en el RAIS; 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 y cotizó al ISS desde el 31 de octubre de 1988, hasta el 30 de septiembre de 2002, acumulando 453 semanas; que a mediados de 2002 los asesores comerciales de la AFP Porvenir visitaron las instalaciones de la

empresa Pharmacia Interamericana donde él trabajaba buscando que se pasara al RAIS; que dichos asesores lograron su traslado mediante un acoso sistemático, ofreciéndole beneficios superiores a los que podría obtener con el RPM al momento de pensionarse, tales como, una mesada superior a la del ISS, que se pensionaría anticipadamente sin importar la edad y que el Estado iba a acabar el ISS, pero que no le explicaron que perdería los beneficios del RPM ni le dieron más información.

Indicó que nació el 12 de noviembre de 1959, y cuenta con 1.148 semanas a octubre de 2019; que solicitó a Colpensiones recibirlo y afiliarlo nuevamente al RPM.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 03 carpeta 1ª inst. exp digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, que se afilió al ISS, y que presentó la petición referida; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

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

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 07 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos. Aclaró que, en el formulario suscrito por el demandante con Porvenir en el año 2002, se evidenciaba su escogencia libre y voluntaria del RAIS, después de haber recibido información, clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones, características y funcionamiento del mismo de conformidad con la Ley 100 de 1993, además que ese era un documento público que se presumía auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP, y debía tenerse en cuenta la declaración allí incorporada.

Agregó que, por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPM

como en el RAIS estaban definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que las partes pudiesen pactar condiciones diferentes.

Formuló como excepciones de fondo las de, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de mayo de 2022 (archivo 13-14 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor JAIRO ESTEBAN NORIEGA LAVERDE del régimen de prima media con prestación al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en octubre de 2002.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JAIRO ESTEBAN NORIEGA LAVERDE, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor JAIRO ESTEBAN NORIEGA LAVERDE al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

(...)

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que el demandante había cotizado al ISS 453,43 semanas entre el 1° de enero de 1998, al 30 de septiembre de 2002; que se trasladó del RPM al RAIS el 01 de octubre de 2002, mediante formulario de afiliación con la AFP Porvenir entidad a la que se encuentra afiliado actualmente.

Indicó que, Porvenir no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada al afiliado al momento de solicitar el traslado de régimen pensional, ya que, que no obraba prueba alguna que acreditara que se le hubiese informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, debido a que la única prueba con la que el fondo demandado pretende demostrar la debida información es con la suscripción del formulario de afiliación, con lo que no es posible determinar la asesoría o información que en su momento dio el respectivo asesor, porque este no da cuenta del consentimiento informado al momento

de trasladarse al RAIS como lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral.

Por lo anterior, concluyó que Porvenir incumplió de manera notoria su deber de proporcionar información, clara, y completa al accionante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse del régimen pensional y permanecer en él, adicionalmente, sostuvo que estas entidades incumplieron con el deber de buen consejo y asesoría y se vulneraron principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, por lo que declararía la ineficacia del traslado a esa AFP.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que el actor se trasladó al RAIS libre y voluntariamente, pues así lo había declarado al firmar el formulario de afiliación a Porvenir, sin que en esa decisión tuviera injerencia el ISS, máxime que no se acercó a esa administradora a solicitar información sobre el cambio de régimen pensional. Además, que no ejerció su derecho de retracto.

Expone que, el actor a la fecha se encuentra inmerso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Sostuvo que es desproporcionado imponerle la carga de la prueba a Colpensiones quien es la entidad más afectada cuando se declara la ineficacia del traslado, más en este caso que el demandante se pasó al RAIS desde el año 2002, tornándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del formulario de traslado. Además, que para esa data no era obligatorio dejar un registro documental, por lo que debía aplicarse el principio de que nadie está obligado a lo imposible.

La **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que conforme el artículo 9° del CC, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, lo cual implicaba una presunción legal consistente en que una vez promulgada una ley esta debe ser conocida por todos los habitantes del territorio.

Expuso que, la Ley 100 de 1993, había regulado dos regímenes pensionales, a saber, RPM y RAIS, y que en esta se fijaron las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones, por lo que, al ser esa norma pública, los ciudadanos debían asumir las consecuencias de su inobservancia.

Sostuvo que, bajo ese escenario el demandante debía conocer la norma y las condiciones establecidas al momento de realizar el traslado, sin que puede endilgarle a Porvenir abuso de su posición dominante.

De forma subsidiaria en caso de confirmarse la decisión del *a quo*, solicitó se revocara el numeral segundo de la decisión recurrida, en el sentido de que no se ordenara a esa AFP devolver los gastos de administración a Colpensiones, por cuanto el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 2003, los autorizaba, con el fin de «*financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*».

Agregó que, devolverlos implicaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, además que no existía norma que ordenara esa devolución, porque el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, señalaba que si el traslado se producía del RAIS al RPM, se transferiría a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, y no se dijo nada de los gastos de administración, porque estos corresponden a las AFP por la labor realizada durante su afiliación a este.

Advirtió que, el actor estuvo cubierto durante su vinculación a Porvenir por los riesgos de invalidez y muerte, y que gracias a los gastos de administración su capital había generado unos rendimientos financieros; además que, de haber permanecido en el RPM igualmente le descontarían dichos gastos porque este era un concepto fijo en ambos regímenes, y no generaría rendimientos porque este es un beneficio exclusivo del RAIS.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última 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, 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 el señor JAIRO ESTEBAN NORIEGA LAVERDE nació el 12 de noviembre de 1959; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 31 de octubre de 1988, al 30 de septiembre de 2002, un total de 424,14 semanas (archivo 03, carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* que el **01 de octubre de 2001** suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir, la cual se hizo efectiva a partir del 1º de diciembre de igual año, y allí permanece hasta la fecha (archivo 07, 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 octubre 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 01 de octubre de 2001, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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.

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); 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 desde el 1° de diciembre de 2002, y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima 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 el accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esta

administradora, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir, 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:

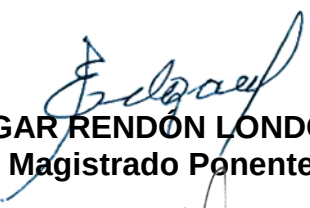
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de diciembre de 2002, y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima 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 el 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 Porvenir S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

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	110013105029202100157-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ARGENIS ELENA RUIZ BROCHERO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS

En Bogotá D. C. a los Treinta (30) días del mes de marzo 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 **ARGENIS ELENA RUIZ BROCHERO** se **declare** la nulidad y/o 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 Colfondos; en consecuencia, se le **condene** a esta a trasladar a Colpensiones todos los valores 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 activar su afiliación en el RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 001, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que desde el 2 de julio de 1981, hasta el 31 de mayo de 1999, estuvo afiliada al ISS, acumulando un total de 648 semanas en el RPM; que en agosto de 1999, cuando laboraba para la registraduría Nacional del Estado Civil los

asesores de la AFP Colfondos le presentaron el nuevo régimen pensional, que estos le aseguraron que el ISS se acabaría y perdería lo allí cotizado, que en el fondo privado tendría mayores rendimientos, que podría pensionarse en el momento que quisiera, y no le hablaron del derecho de retracto, y que con fundamento en esa información se trasladó del RPM al RAIS.

Narró que, a octubre de 2018, contaba con 1.256 semanas cotizadas al sistema general de pensiones; que en abril de 2020, radicó ante Colpensiones y Colfondos solicitud de declaración de nulidad del traslado del RPM al RAIS y como consecuencia fuese retornado al RPM; que Colpensiones negó la petición y la AFP no dio respuesta; y que realizada la simulación pensional en Colpensiones a los 57 años de edad su mesada equivaldría a \$2.906.393.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 009, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la vinculación de la demandante al ISS, que presentó solicitud y que la misma fue negada; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones.

La **AFP COLFONDOS S.A.**, contestó (archivo 008, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, solo aceptó que la actora se afilió a esa AFP el día 30 de junio de 1999, con fecha de efectividad a partir del 01 de agosto de igual año; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró que, al momento de la afiliación de la promotora del litigio le brindó información suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, acerca de que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a esta, y fuese solicitada a esa AFP, ya que la misma se calculaba a partir de tres variables: La edad del posible pensionado y su grupo familiar determinando la expectativa de vida de los beneficiarios de la pensión, el capital acumulado a la fecha del cálculo incluyendo aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos y bono pensional si había lugar a él; y la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo del Fondo Especial de Retiro

Programado, siendo la rentabilidad resultado del ejercicio en el mundo financiero, sin que ello implicara riesgo para ella, pues la superintendencia financiera en su deber de garante estableció unos topes mínimos de rendimientos por los cuales las AFP deben responder a sus afiliados (artículo 16 decreto 656 de 1994).

Sostuvo que, entregó información objetiva, integra y transparente a la demandante sobre el RAIS y su comparación con el RPM, entre ellos cálculos comparados que le permitían entender las condiciones pensionales que tenía al igual que información sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS, y que fue ella quien decidió de manera libre y espontánea cambiar de régimen pensional. Formuló como excepciones de fondo, las de buena fe, innominada o genérica, y compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de febrero de 2022 (archivo 16-17 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciera la ARGENIS ELENA RUIZ BROCHERO identificado(a) con cédula de ciudadanía No 51615913, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS el 30 de junio de 1999 con fecha de efectividad 01 de agosto de 1999, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ARGENIS ELENA RUIZ BROCHERO por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante se afilió al ISS el 2 de julio de 1981; que se trasladó al RAIS con la AFP Colfondos mediante la suscripción de un formulario de afiliación el 30 de junio de 1999, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de agosto de igual año.

Expuso, que conforme lo había señalado la Corte Suprema de Justicia en cada caso en particular se debía ubicar en el momento histórico en que se había realizado

el traslado de régimen del RPM al RAIS, para determinar cuáles eran las obligaciones que tenía el fondo privado a esa data, que en este asunto el traslado se dio en 1999, lo que significaba que estaba ubicado en la primera etapa.

Explicó que, con el paso del tiempo el deber de información ha ido evolucionando para acumular más obligaciones, estableciéndose 3 etapas, entre 1993, del 2009, del 2009 al 2014, y a partir del 2014, en adelante, determinó que en la primera etapa se debía ilustrar al ciudadano acerca de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Agregó que, conforme la jurisprudencia la carga de demostrar que cumplió con ese deber de información recaía sobre las AFP.

Señaló que, en este caso no se había demostrado que Colfondos hubiese cumplido con ese deber en los términos anteriormente referidos, ya que las pruebas aportadas correspondían al formulario de afiliación, del que no se podía tener certeza de la información dada a la demandante al momento del traslado del régimen pensional; que del interrogatorio de parte realizado a la actora no se había obtenido confesión alguna respecto del cumplimiento del deber de información que estaba en cabeza de la AFP.

Advirtió que, si bien el formulario de afiliación de la actora se encontraba firmado por ella, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el simple consentimiento vertido en ese documento, no es prueba suficiente de un consentimiento informado (sentencia CSJ SL6882-2019).

Concluyó que, ante la ausencia de prueba de las demandadas respecto del cumplimiento del deber de información, debía aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y en consecuencia declarar la ineficacia del traslado realizado en 1999, y ordenar la devolución de los aportes, junto con sus rendimientos, advirtiendo que no había lugar a devolver los gastos de administración, primero, porque estos devienen de la ley, y segundo porque gracias a ellos el capital generó unos rendimientos.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación parcial con el fin de que se adicione el numeral segundo de la sentencia con el fin de que le sean reintegrados los

gastos de administración y se de aplicación a los efectos jurídicos de la ineficacia conforme lo ha fijado las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES 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 ARGENIS ELENA RUÍZ BROCHERO nació el 19 de septiembre de 1961; **ii)** que se afilió al ISS donde aportó desde el 02 de julio de 1981, al 1° de noviembre de 1989, un total de 29 semanas (Carpeta exp. administrativo carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que desde el 1° de noviembre de 1999, y hasta el 31 de julio de 1999 la Registraduría General de la Nación le realizó aportes al RPM; y **iv)** que el **30 de junio de 1999**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Colfondos S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1° de agosto de igual año y hasta la actualidad (f.º 88-89 archivo 008, 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 –**30 de junio de 1999**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos 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 Colfondos suscrito el 30 de junio de 1999, 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).

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 adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

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

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

Sin Costas en esta instancia dado que el recurso de apelación presentado Colpensiones 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: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS** 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 agosto de 1999, 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.

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	110013105029202100193-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUZ PATRICIA MARTÍNEZ PEÑA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los Treinta (30) días del mes de marzo de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **LUZ PATRICIA MARTÍNEZ PEÑA** se **declare** 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 Protección; en consecuencia, se le **condene** a esta a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones junto con los rendimientos, y a indemnizarla por los perjuicios causados; que se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación en el RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 001, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 5 de enero de 1967; que se afilió al ISS desde mayo de 1994, y allí permaneció hasta junio de 2001, acumulando un total de

262,86 semanas; que el 1° de junio de 2003, fue vinculada a la AFP Protección en donde ha cotizado hasta la fecha.

Narró que, el asesor comercial de la AFP demandada, previo y durante la suscripción del formulario de afiliación, omitió brindarle información plena, seria, cierta y oportuna que le hubiera permitido conocer plenamente los efectos de dicho traslado, así como tampoco le ofreció ni le realizó comparación alguna entre los dos regímenes pensionales, ni proyecciones de su mesada en uno y otro régimen, ni siquiera accedió a la información relacionada con su situación familiar y la existencia de posibles beneficiarios, omisiones que la indujeron en error para elegir conscientemente su régimen pensional.

Expuso que el 3 de enero de 2014, dos días previos a cumplir 47 años de edad, fue contactada por una asesora comercial de la AFP Protección, quien le preguntó «¿*si iba a continuar en el fondo o no?*», ante lo cual solicitó aclaración y mayor información, pero que le respondieron que tenía un día para decidir, y posteriormente a los 3 días la misma asesora se comunicó con ella nuevamente para indicarle que el término se había vencido y que debía continuar en esa AFP; que nuevamente en esa oportunidad no le brindaron información veraz, clara, suficiente y oportuna sobre los dos regímenes pensionales, y que incluso evadieron darle un buen consejo.

Señaló que, en enero de 2021, realizó el trámite ante Colpensiones para trasladarse al RPM, pero el 28 de igual calenda le dieron respuesta negando lo solicitado por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 008, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora; que se vinculó al ISS y las semanas allí aportadas, y que presentó solicitud de afiliación en enero de 2021, pero que la misma fue negada por esa entidad; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, contestó (archivo 010, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; que se trasladó a esa AFP mediante solicitud de afiliación del 1º de abril de 2003, con efectividad a partir del 01 de junio de 2003, y hasta la fecha, acumulando al 14 de septiembre de 2021, un total de 1.181,29 semanas; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró que, al momento de la afiliación de la promotora del litigio la informó sobre las consecuencias del traslado, las modalidades de pensión y un comparativo pensional entre ambos regímenes al momento de la afiliación, lo que le dio elementos de juicio para que pudiera tomar una decisión responsable sobre su futuro pensional, y que adicionalmente, se le respondieron todas las inquietudes que se le presentaron respecto al tema para que en ese sentido hubiera claridad sobre la decisión que se estaba tomando, por lo que el traslado se había realizado sin engaño ni presión alguna, de manera libre, voluntaria y espontánea y sin configurarse ningún tipo de vicio del consentimiento tal y como se evidenciaba con la firma plasmada en el formulario de vinculación inicial.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto (CSJ SL3752-2020), reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro 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 Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de abril de 2022 (archivo 21-22 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciera la señora LUZ PATRICIA MARTÍNEZ PEÑA identificada con la cédula de ciudadanía. No. 41.910.471, a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., 01 de abril de 2003 con fecha de efectividad 01 de junio de 2003, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ PATRICIA MARTÍNEZ PEÑA, por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante se afilió al ISS el 06 de mayo de 1994, y aportó hasta el 30 de junio de 2001, un total de 299,29 semanas; y que se trasladó al RAIS con la AFP Protección mediante la suscripción de un formulario de afiliación el 1° de abril de 2003, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de junio de igual año.

Expuso, que conforme lo había señalado la Corte Suprema de Justicia en cada caso en particular se debía ubicar en el momento histórico en que se había realizado el traslado de régimen del RPM al RAIS, para determinar cuáles eran las obligaciones que tenía el fondo privado a esa data, que en este asunto el traslado se dio en 2003, lo que significaba que estaba ubicado en la primera etapa.

Explicó, que con el paso del tiempo el deber de información ha ido evolucionando para acumular más obligaciones, estableciéndose 3 etapas, entre 1993, del 2009, del 2009 al 2014, y a partir del 2014, en adelante; determinó que, en la primera etapa se debía ilustrar al ciudadano acerca de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Agregó que conforme la jurisprudencia la carga de demostrar que cumplió con ese deber de información recaía sobre las AFP.

Señaló que, en este caso no se había demostrado que la AFP Protección hubiese cumplido con ese deber en los términos anteriormente referidos, ya que las pruebas aportadas correspondían al formulario de afiliación, del que no se podía tener certeza de la información dada a la demandante al momento del traslado del régimen pensional; que del interrogatorio de parte realizado a la actora no se había obtenido confesión alguna respecto del cumplimiento del deber de información que estaba en cabeza de la AFP.

Advirtió que, si bien el formulario de afiliación de la actora se encontraba firmado por ella, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el simple consentimiento vertido en ese documento, no es prueba suficiente de un consentimiento informado (sentencia CSJ SL6882-2019).

Frente al argumento de Protección de que había informado a la demandante antes de que ella cumpliera 47 años de edad que podía trasladarse a Colpensiones, la A quo advirtió que dicha asesoría no debía hacerse de manera formal, sino que debía cumplir con el objetivo previsto; que no era otro que ilustrar al afiliado sobre su situación pensional en uno y otro régimen, y más puntualmente mostrarle el monto de sus prestaciones, pues el derecho pensional se materializaba con el reconocimiento de la mesada y su cuantía; por ende, la AFP estaba en la obligación de hacer su proyección tanto en el RPM como en el RAIS, y explicarle detalladamente su situación concreta, respecto de las prestaciones del sistema general de pensiones, y que en caso de resultarle más beneficioso regresar al RPM, así aconsejárselo; agregó que, si bien se había realizado una llamada para comunicarle a la señora Martínez que podía regresar al RPM, no se probó que se le hubiese dado una asesoría en los términos señalados, ni que se le hubiese enviado de alguna forma el cálculo de su mesada pensional en ambos regímenes, para que ella conociera esta información y así hubiese podido tomar una decisión consciente.

Concluyó que, ante la ausencia de prueba de las demandadas respecto del cumplimiento del deber de información, debía aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y en consecuencia declarar la ineficacia del traslado realizado en 2003, y ordenar la devolución de los aportes, junto con sus rendimientos, advirtiendo que no había lugar a devolver los gastos de administración, primero, porque estos devienen de la ley, y segundo porque gracias a ellos el capital generó unos rendimientos.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación parcial con el fin de que se adicione el numeral segundo de la sentencia con el fin de que le sean reintegrados los gastos de administración y se de aplicación a los efectos jurídicos de la ineficacia conforme lo ha fijado las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

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 la demandante a través de la AFP Protección, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES 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 LUZ PATRICIA MARTÍNEZ PEÑA nació el 05 de enero de 1967; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 06 de mayo de 1994, al 30 de junio de 2001, un total de 299,29 semanas (Carpeta 09 exp. administrativo carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* que el **1º de abril de 2003**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1º de junio de igual año y hasta la actualidad (f.º 25-26 archivo 010, carpeta 1ª inst. exp. digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**1° de abril 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 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 Protección suscrito el 1° de abril de 2003, 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).

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 adocctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

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

[...] 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 Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** 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, 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, 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 el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los

misimos, 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 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

Sin Costas en esta instancia dado que el recurso de apelación presentado Colpensiones 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:

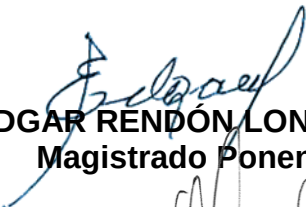
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN** a trasladar a COLPENSIONES y esta a

su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de junio de 2003, 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.

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	110013105031201900789-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GERMÁN CIFUENTES BELTRÁN
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de marzo 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 CIFUENTES BELTRÁN**, se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP BBVA hoy Porvenir; en consecuencia, se **condene** a esa AFP a trasladar a Colpensiones el valor total de los aportes por él realizados junto con los rendimientos causados, bonos pensionales y sumas adicionales con sus respectivos intereses; que se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación en el RPM, y recibir todos los aportes provenientes del RAIS; que y 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 3- archivo 001, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 19 de enero de 1960; que estuvo afiliado al RPM-ISS desde el 28 de junio de 1977, hasta el 30 de agosto de 2003, acumulando 588,14 semanas en este; que la AFP BBVA sin autorización, argumentos ni razón lo trasladó de régimen pensional, siendo efectivo desde el 1º

de septiembre de 2003, ya que él nunca firmó ese formulario, que esa AFP no lo asesoró acerca de que el monto de su pensión sería muy inferior a la que recibiría en el ISS, ni como se liquidaba y financiaba la misma además de las variaciones que tendría en razón a diferentes factores, que no le entregó un estimativo de lo que sería su prestación para él tener una idea de la mesada que le correspondería en ese régimen; que no ha recibido información necesaria, suficiente, eficaz, completa, oportuna y comprensible de las reales implicaciones del cambio de régimen.

Narró que, tuvo conocimiento de que pertenecía al RAIS el 15 de febrero de 2019, cuando solicitó a Colpensiones su historia laboral y solo le aparecían 588,14 semanas y que las demás estaban en Porvenir, por lo que elevó petición de retorno a Colpensiones, pero le fue negada.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (archivo 000, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor; que estuvo afiliado al ISS dentro del lapso señalado y que aportó esa cantidad de semanas, y que petitionó el retorno al RPM; frente a los demás, manifestó que no le constaban por corresponder a un tercero. Formuló como excepciones de fondo, 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.**, se le tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 24 de septiembre de 2020 (archivo 005, carpeta 1ª inst. exp. digital).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de mayo de 2022 (archivos 35 carpeta 1ª Inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado del régimen de GERMÁN CIFUENTES BELTRÁN del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la totalidad de sumas de dinero que recibió del demandante por concepto de aportes

junto con sus rendimientos y frutos civiles, sin que se pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de pagos de administración y seguros, entre otros.

TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

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

La a quo, empezó por afirmar que la Ley 100 de 1993, organizó el sistema de seguridad social integral, y estableció dos regímenes pensionales, el régimen de prima media y el de ahorro individual con solidaridad, por lo que tendría que revisar en cual se encontraba la actora y cuando había ocurrido dicho traslado, determinando que la demandante se encontraba afiliada en la actualidad al RAIS; que en el expediente se encontraba probado que encontrándose en Colpensiones el 25 de julio de 2003, se trasladó al RAIS a través de Horizonte hoy Porvenir, por lo que verificaría cuales eran los presupuestos normativos vigentes a 2003 para que el traslado de régimen tuviese plena validez, encontrando que eran: el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, disposiciones que citó textualmente.

Señaló, que aparentemente la firma plasmada en el formulario de vinculación correspondía a la del demandante, pues si bien este había iniciado un proceso penal por desconocer esa firma el mismo a la data no había tenido sentencia, por ende, la juzgadora debía darle valor probatorio. Agregó que analizaría el caso a la luz de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, y refirió puntualmente la sentencia CSJ SL1452-2019.

Indicó que, las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; 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 a lo sumo, acreditaba un consentimiento, pero no informado; 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 invoca, por ende le correspondía

a la AFP demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo; y que ni la legislación ni la jurisprudencia exigía para que proceda la ineficacia del traslado, contar con una expectativa pensional o derecho causado.

Sostuvo que, en este caso era claro que la parte demandada Porvenir no había cumplido con la carga de demostrar que cumplió con el deber de información, porque no se allegó ningún medio probatorio que indique que ilustró al demandante sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, que esa entidad no hizo ni el más mínimo esfuerzo probatorio, pues no contestó la demanda, en consecuencia, declararían nulo el traslado al RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que el demandante se encontraba inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Sostuvo que el actor se trasladó al RAIS desde 2003, data desde la que hace sus aportes a Porvenir reiterando así su voluntad de pertenecer a ese régimen pensional conforme se estableció en la sentencia CSJ SL413-2018.

La AFP PORVENIR sustentó su recurso de alzada en que conforme el artículo 9° del CC, la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Expuso que la Ley 100 de 1993, había regulado dos regímenes pensionales a saber: RPM y RAIS; que en estas se fijaron las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones, por lo que, al ser esa norma pública, los ciudadanos debían asumir las consecuencias de su inobservancia.

Sostuvo que, bajo ese escenario el demandante debía conocer la norma y las condiciones establecidas al momento de realizar el traslado, sin que puede endilgarle a Porvenir abuso de su posición dominante.

De forma subsidiaria en caso de confirmarse la decisión del *a quo*, solicitó se revocara el numeral segundo de la decisión recurrida, en el sentido de que no se ordenara a esa AFP devolver los gastos de administración a Colpensiones, por cuanto el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 2003, los autorizaba, con el fin de «*financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*».

Agregó que, devolverlos implicaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, además que no existía norma que ordenara esa devolución, porque el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 señalaba que, si el traslado se producía del RAIS al RPM, se transferiría a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, y no se dijo nada de los gastos de administración, porque estos corresponden a las AFP por la labor realizada durante su afiliación a este.

Advirtió que, el actor estuvo cubierto durante su vinculación a Porvenir por los riesgos de invalidez y muerte, y que gracias a los gastos de administración su capital había generado unos rendimientos financieros, además que, de haber permanecido en el RPM igualmente le descontarían dichos gastos porque este era un concepto fijo en ambos regímenes, y no generaría rendimientos porque este es un beneficio exclusivo del RAIS.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última 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 con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor GERMÁN CIFUENTES BELTRÁN aportó a Colpensiones entre el 28 de junio de 1977 y el 1° de agosto de 2003; y *ii)* que el **25 de julio de 2003**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Horizonte hoy Porvenir el cual se hizo efectivo a partir del 1° de septiembre de igual año (carpeta 17 carpeta 1ª inst, exp. digital), y allí ha permanecido 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 y no de la nulidad, 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.

En ese contexto desde ya precisa esta Sala que, lo que se declarara es la ineficacia del traslado, dado que conforme se expuso en la sentencia CSJ SL2877-2020, reiterada entre otras en las providencias CSJ SL5252-2021 y CSJ SL755-2022, en casos como el presente donde se acredita la falta de una debida información por parte del fondo privado lo que se genera es la ineficacia del acto jurídico del traslado y no su nulidad por las siguientes razones:

(...) al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor

de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el Juez en cada caso en particular.

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia también fijó 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 disfavors 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 **–25 de julio 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 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 vinculación o traslado a la AFP Horizonte suscrito el 25 de julio de 2003, en esa clase de documentos, solo evidencia la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de quien lo suscribió, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que esa AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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, 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.

Se aclara al apoderado de Colpensiones que la sentencia CSJ SL413-2018 no es aplicable a este asunto, como quiera que allí no se estaba discutiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional, sino, que entidad del sistema general de pensiones debía pagar la pensión de sobrevivientes, y se analizó o se planteó la tesis de la afiliación tácita, la cual no es aplicable a este asunto, porque lo que aquí corresponde es verificar si se cumplió con el deber de información al momento del traslado de régimen pensional.

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 primero, modificar el numeral primero de la decisión de instancia, para **declarar la ineficacia** y no la nulidad del traslado realizado por el demandante Germán Cifuentes Beltrán del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 25 de julio de 2003, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones Horizonte hoy AFP Porvenir S.A., y segundo, adicionar y modificar el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir el traslado a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, 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, 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 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.

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 la demandada AFP Porvenir, 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: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado realizado por el demandante **GERMÁN CIFUENTES BELTRÁN** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 25 de julio de 2003, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones Horizonte hoy AFP Porvenir S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD MINISTRADORA DE FONDOS DE**

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.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 agosto de 2003, y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima 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 el 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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$1.160.000.

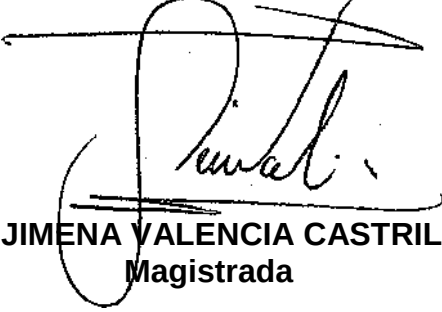
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada