



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - SENTENCIA
RADICACIÓN.	11001 31 05 010 2019 00740 01
DEMANDANTE:	YOLANDA DÍAZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Bogotá DC, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 24 de febrero de 2022, por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el 17 de mayo de 2016, incluyendo los aportes en salud y el retroactivo de las sumas reclamadas indexado.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que José David Orjuela Garay falleció el 27 de junio de 2004, quien había nacido el 8 de enero de 1952; que contrajo matrimonio con el causante el 10 de septiembre de 1994 y convivieron hasta la fecha del deceso; que el afiliado registra 92,14 semanas de cotización; y que el 17 de mayo de 2019 presentó reclamación administrativa (Págs. 102 a 110 y 114 a 115, arch. 14).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió, después de ser subsanada, el 6 de marzo de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Pág. 132, arch. 14).

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra con fundamento en que no se encuentran reunidos los requisitos previsto en la Ley 100 de 1993 para que proceda el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en la medida en que el afiliado no contaba con 26 semanas cotizadas en los tres años anteriores al fallecimiento y no tenía semanas cotizadas entre el 27 de junio de 2003 y el 27 de junio de 2004, por ende no es aplicable la condición más beneficiosa. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y prescripción (págs. 3 a 12, arch. 4).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a encontrarse notificada en legal forma (pág. 133, arch. 14)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 24 de febrero de 2022, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y del derecho y absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra.

Consideró la juez de primer grado que debido a que el afiliado falleció el 27 de junio de 2004, la normatividad aplicable para estudiar el derecho pensional era la prevista en el art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 de 2003, sin embargo, debido a que aquel no registraba 50 semanas de cotización en los tres años anteriores al deceso no se cumplían los requisitos para causar la prestación, ya que la última cotización data del año 1996, sin que se hubiesen demostrado aportes posteriores al sistema.

A su vez, en torno a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, señaló que bajo el criterio jurisprudencial desarrollado por la Sala

de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se tenía que tampoco se había causado el derecho reclamado, en la medida en que el afiliado no se encontraba cotizando en el momento que se dio el cambio normativo de la Ley 100 de 1993 en su versión original y la muerte tampoco se había producido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.

Adicionalmente, precisó que ese Despacho no acogía la postura sentada por la Corte Constitucional en sede de tutela, en torno a la aplicación del principio en mención, no obstante, respecto de lo expuesto en la sentencia SU005-2018, se advertía que tampoco se reunían las condiciones allí explicadas en la medida en que el afiliado tampoco reportó el número de semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990, es decir, 300 en cualquier tiempo o 150 en los 6 años anteriores al fallecimiento.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** argumentó que en la sentencia de primera instancia no se tuvo en cuenta lo normado en el art. 228 de la CN, que consagra la prevalencia de lo sustancial sobre cualquier formalidad, porque lo cierto es que el afiliado cotizó 92 semanas en toda su vida laboral y ello debe primar sobre el hecho de que no hayan sido efectuadas dentro de los 2 o 3 años antes del deceso.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 13 de mayo de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arc. 4, C002).

La parte demandante presentó las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la alzada, y agregó razonamientos distintos a los allí planteados en torno al trámite del proceso y a la extrañeza que le causa ahora la ausencia de cotizaciones del afiliado en determinados periodos (arch. 7, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en establecer si el afiliado fallecido dejó causada la pensión de sobrevivientes; y en caso, afirmativo si la activa acreditó su condición de beneficiaria de la prestación.

Para empezar, es preciso anotar que los argumentos adicionales planteados por la parte actora en los alegatos de conclusión, no serán desarrollados ni estudiados en esta decisión, en virtud del principio de consonancia, máxime cuando son situaciones que ni siquiera fueron debatidas en el trámite del proceso.

Se encuentra acreditado que el causante, José David Orjuela Garay, nació el 3 de enero de 1952 (Pág. 53, arch. 14) y falleció el 27 de junio de 2004 (Pág. 54, arch. 14), por lo que las normas aplicables para resolver la controversia, vigentes para la fecha de la muerte, son los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

El citado artículo 12, prevé como requisito para la causación de la pensión de sobrevivientes en el caso de los afiliados, cotizar al sistema un mínimo de 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la muerte, situación que no se verifica en este asunto, comoquiera que a la fecha del deceso había transcurrido más de 8 años desde que se efectuó la última cotización por parte del causante, la cual tuvo lugar en septiembre de 1996 (pág. 56, arch. 14), por lo que bajo el amparo de la mentada regulación no es factible acceder al derecho procurado.

A su vez, en torno a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se considera relevante anotar que en lo que refiere a la pensión de sobrevivientes el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción, ha admitido que el reconocimiento prestacional, se realice con sustento en las exigencias contempladas en la normativa inmediatamente anterior a la que se encontraba vigente para el momento del deceso, sin que sea válido invocar cualquier disposición que haya regulado el asunto en algún tiempo remoto.

En tal sentido la sentencia CSJ SL 32642, 9 dic. 2008, explicó: *“No es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso. Es decir, el juez no puede desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la que haya precedido (...)”*. (Reiterada entre otras sentencias en las CSJ SL2111-2018, CSJ CSJ SL020-2018, CSJ SL2040-2018 y CSJ SL2091-2018).

En este caso, en virtud del principio de la condición más beneficiosa habría lugar a dar aplicación a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 en su versión original, cuya aplicación en virtud del tránsito legislativo surge según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, dependiendo del escenario en el que se encontrara el afiliado, esto es, según si estaba o no cotizando al momento del cambio normativo, es decir, para el 29 de enero de 2003 cuando entró a regir la Ley 797 y al momento de la muerte.

En este asunto, verificada la historia laboral adosadas, se advierte que el causante no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo -29 de enero de 2003-, por lo que debía acreditarse que aportó 26 semanas en el año que antecede a esa fecha, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002, además, la muerte debía producirse entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, sin que se cumpla ninguno de esos supuestos fácticos, necesarios para dar aplicación al mencionado principio de conformidad con la jurisprudencia aducida, pues no contaba con 26 semanas en el año inmediatamente anterior al cambio legislativo, aun cuando la muerte tuvo lugar el 27 de junio de 2004, dentro de los 3 años siguientes a la vigencia de la nueva norma, hechos todos relevantes, por tratarse de la aplicación de una norma que perdió vigencia al ser derogada, con ocasión del tránsito legislativo, con la finalidad de aminorar los efectos adversos del mismo y hasta tanto se torne posible para los afiliados dar cumplimiento a los nuevos requisitos impuestos por el legislador, tal como lo consideró razonablemente la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, al imponer el respectivo límite temporal, y condiciones de aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en consideraciones que acoge y comparte esta Sala en su integridad.

Por otra parte, en las sentencias del CSJ SL 42628, 31 ago. 2010, CSJ SL 43218, 25 ene. 2011 y CSJ SL2040-2018, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo que lo estipulado en el párrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que indica que cuando un afiliado haya alcanzado el número mínimo requerido en el régimen de prima para adquirir la pensión de vejez en tiempo anterior a su fallecimiento, sus beneficiarios tendrán derecho a la prestación de sobrevivientes aunque no se hubiese satisfecho las 50 semanas de cotización en los tres años anteriores al fallecimiento, se hace extensible para las personas que en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fueron cobijadas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en cumplimiento del requisito de 1000 semanas de aportes en toda la vida laboral o de 500 en los 20 años anteriores a la muerte.

Sin embargo, revisadas las pruebas allegadas se encuentra que a pesar de que el causante era beneficiario del régimen de transición debido a que al 1º de abril de 1994 tenía 42 años para, en toda la vida laboral reportó únicamente 92,14 semanas (pág. 56 arch. 14); por lo que tampoco sería acreedor de una pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993 o la Ley 797 de 2003, pues dichas normas establecen un mínimo de 1000 semanas para la fecha de la muerte.

Finalmente y en cuanto al argumento expuesto por el demandante en torno a la aplicación del art. 228 de la CN, que prevé *“La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial”*, a fin de que se tenga en cuenta que el afiliado en toda su vida laboral reunió la densidad de semanas que la normatividad exige, por lo cual debe descartarse el requisito atinente a la época en que se cotizaron las mismas, es menester precisar que no es factible acogerlo, porque la parte le da un alcance distinto a la disposición citada, ya que con aquella, lo que se procura es que el procedimiento no llegue a ser un impedimento para la efectividad de los derechos sustanciales, los cuales, se encuentran previstos y regulados en las normas preexistentes a las que están sometidos los jueces en sus providencias tal como lo consagra el art. 230 de la CN, esto es, no lo faculta para modificar los supuestos necesarios para el reconocimiento del derecho sustancial, a conveniencia de las partes.

De manera que como el planteamiento del recurrente, no solo desconoce las normas que consagran la prestación que se reclama, sino además, el criterio jurisprudencial que se ha sentado sobre el particular para su aplicación e interpretación, el mismo no resulta jurídicamente admisible para estudiar el derecho solicitado.

Bastan entonces las razones expuestas para desestimar los argumentos del recurso y confirmar la sentencia apelada frente a este puntual aspecto.

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de febrero de 2022, por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá DC, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eg4TytGaMtxEmUDyhUDZaaQBxtV_ycRJIDYHl3WiB3QBQg?e=H5ymHT

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **554c7d4a42d6154b27069c174876e6b789f9d97607a99bf7c5cfe9776553a1bc**
Documento generado en 13/04/2023 12:24:02 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **019 2018 00578 01**
DEMANDANTE: IVÁN GARCÍA POSADA
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá DC, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, Porvenir y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, respecto de la sentencia proferida el 24 de mayo de 2022, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que al afiliarlo, Protección (sic) lo asesoró equivocadamente trasladándolo del ISS, y Colfondos y Porvenir no lo asesoraron; en consecuencia, que se declare la nulidad de la afiliación suscrita con Porvenir, se le ordene a ésta su traslado a Colpensiones, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad, y se condene al pago de costas procesales; en subsidio, que se condene a Porvenir, Colfondos y Protección a pagarle una mesada pensional de vejez igual o equivalente a la que hubiese recibido en Colpensiones.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expone que nació el 19 de enero de 1961, inició su vida laboral cotizando al ISS, hoy Colpensiones, en donde cotizó un total de 453 semanas, y en toda su vida laboral 1503; que el 31 de mayo de 1996 se trasladó del ISS a ING hoy Protección, por la asesoría efectuada por el fondo que le ofreció una mesada de pensión de vejez más alta, y le dijo que el ISS se iba a liquidar y sus tiempos se podían perder; que en noviembre de 2009 se trasladó a Colfondos y en enero de 2015 a Porvenir, en ambos casos porque le ofrecieron una mesada más alta; que no lo asesoraron respecto a la posibilidad de trasladarse al régimen de prima media prevista en la Ley 797 de 2003; que las demandadas no le realizaron estudio de la pensión probable, y omitieron asesorarlo sobre las posibilidades o alternativas de ahorro voluntario; que el 6 de agosto de 2018 le solicitó a Porvenir un estudio pensional, entidad que le informó el 6 de septiembre siguiente que su pensión ascendería a \$1.800.000, y en Colpensiones a \$6.704.400, existiendo un perjuicio muy alto, incumplimiento de las promesas con las que fue trasladado, y vicio del consentimiento al momento del traslado, porque fue engañado en su buena fe (págs. 8 a 18, arch. 01, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 4 de octubre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas, y se tuvo por contestada en autos del 19 de marzo de 2019 y 19 de febrero de 2021 (arch. 03 y pág. 288 a 290 y 383 a 384 del arch. 01, C001).

Colpensiones se opuso a la totalidad de pretensiones, invocando como medios de defensa las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe (arch. 06, C001).

Colfondos presentó oposición a las pretensiones que le involucren, en especial la declaratoria de ineficacia de traslado. Formuló como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo

exclusivamente de un tercero y, nadie puede ir en contra de sus propios actos (arch. 08, C001)

Protección contestó solicitando se declaren improcedentes las pretensiones. Invocó en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, e inexistencia de causa jurídica (arch. 10, C001).

Porvenir se opuso a las pretensiones y solicitó se le absuelva de ellas. Formuló las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y compensación (arch. 13, C001).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (arch. 05, C001).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 24 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección, realizado el 31 de mayo de 1996, y posteriormente a Colfondos y Porvenir, y válidamente vinculado a Colpensiones desde el 12 de marzo de 1986; condenó a Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, aportes adicionales, rendimientos financieros, incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración, debidamente indexados; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones; y, se abstuvo de condenar en costas.

En síntesis, la juez de primer grado reseñó el marco normativo y jurisprudencial para resolver sobre el problema jurídico planteado; acorde con ello, advirtió que la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información relevante al momento de la afiliación, es la ineficacia o destrucción de todo efecto jurídico; que cuando se trata de traslado de regímenes pensionales, las administradoras encargadas de su funcionamiento deben garantizar la

entrega de información suficiente y transparente que le permita a los afiliados elegir entre las distintas opciones en el mercado la que mejor se ajuste a sus intereses, que se les describan características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes, ventajas y desventajas, consecuencias jurídicas del traslado; que la afirmación del afiliado de no haber recibido información clara y completa, es un supuesto negativo que solo puede ser desvirtuado por el fondo de pensiones, con la prueba que acredite que cumplió con la obligación, independientemente de que se trate de beneficiarios o no del régimen de transición; que la AFP Protección no allegó la prueba correspondiente, el ofrecimiento y las condiciones en que le otorgaron el traslado al demandante, simulación o proyección a futuro, cuadro comparativo de la pensión en uno y otro régimen, por lo que se deduce que no cumplieron con el deber legal de dar una información veraz y completa para que el actor se decidiera por el mejor régimen, y hacer su traslado plenamente informado, pues las demandadas no cumplieron con el deber que les asiste por la carga dinámica de la prueba; y, el traslado entre administradoras no subsana el inicial.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir inconforme con la decisión, interpuso recurso solicitando se revoque la sentencia y se le absuelva de todas las pretensiones, por cuanto se presume conforme al Código Civil que todos los habitantes conocen las leyes, y por ello, el demandante si tenía conocimiento de las condiciones del sistema pensional y sabía cómo funcionaba, por lo que su traslado fue completamente válido; igualmente, aduce que no procede la condena a devolver gastos de administración, porque la Ley 100 de 1993 establece que cuando hay un traslado las únicas sumas a retornar son las cotizaciones con sus rendimientos, que reposen en la cuenta de ahorro individual del afiliado, así como cuando se declare la ineficacia del traslado, como conceptuó la Superintendencia; además, que esas sumas no financian la pensión, por lo que se equivoca el despacho al no declarar probada la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que frente a ellas si opera la misma.

Colpensiones interpuso recurso reprochando la declaratoria de ineficacia, fundamentada en la falta al deber de información, pues la normativa aplicable para la fecha del traslado, Ley 100 de 1993, la aceptación espontánea, libre y expresa del afiliado para trasladarse de régimen, se manifestaba a través de la

firma del formulario de afiliación; que no existían la Ley 1748 de 2014 ni el Decreto 2071 de 2015, con lo que nace la obligación de doble asesoría; que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado de régimen, porque se desvirtúa el principio de confianza legítima, legalidad y debido proceso; que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, en torno a que Colpensiones es un tercero, y los actos jurídicos tienen efectos Inter partes, y las consecuencias deriven de la celebración de ese acto jurídico solo deben repercutir entre las partes involucradas, por lo que la entidad no puede verse favorecida o perjudicada por ese contrato que se celebró entre el demandante y la AFP; que el accionante ha permanecido más de 26 años en el RAIS, y Colpensiones resulta lesionada con la decisión en cuanto a la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, y existe prohibición expresa de traslado cuando al afiliado le falten menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez, que tiene su razón de ser en proteger el fondo común que utiliza Colpensiones para pagar las respectivas pensiones.

Finalmente solicita que en caso de confirmarse la decisión, se mantenga la condena al reintegro de la totalidad de cotizaciones que recibió, incluidos rendimientos, cuotas de seguros previsionales, gastos de administración, y en general, todos los aportes efectuados; y que se adicione la condición de que la condena impuesta a Colpensiones con la obligación de hacer a favor del demandante, recibirlo y actualizar su historia laboral, solo podrá hacerse efectiva una vez cumplidas las obligaciones impuestas a la AFP en la sentencia.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

La parte demandante, las recurrentes y Colfondos presentaron alegaciones, reiterando los argumentos expuestos, la primera en la demanda, y las últimas, en la contestación y en la alzada (arch. 5, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el

contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** El demandante nació el 19 de enero de 1961 (pág. 20, arch. 01, C001); **ii)** cotizó a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 12 de marzo de 1986 hasta el 31 de mayo de 1996, un total de 453 semanas (pág. 167, arch. 01, C001); y, **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP ING, hoy Protección, el 31 de mayo de 1996, de allí a la AFP Colfondos el 23 de septiembre de 2009, posteriormente a la AFP Porvenir el 21 de noviembre de 2014 (pág. 412, arch. 00; 19 y 20, arch. 08; C001), en la que se encuentra afiliado en la actualidad.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación

estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones 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.

Es 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.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

Según se pudo advertir del anterior recuento, 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. 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”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los arch.s del fondo, dado que (iii) 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.”

En esta providencia, también se dijo:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, 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, dado que la violación del

deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP ING, hoy AFP Protección, desde el 31 de mayo de 1996, se trasladó luego a la AFP Colfondos y finalmente a la AFP Porvenir, en la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en los formularios de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin contar con que, pese a que fue referido en la decisión de primera instancia como aportado, en realidad tampoco reposa en el expediente el formulario de traslado de régimen, ni fue allegado por ninguna de las partes ni decretado como prueba en la audiencia celebrada el 10 de junio de 2021, ni en ninguna otra etapa procesal.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) 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.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por

estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Protección, antes ING, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo

efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 31 de mayo de 1996, con su afiliación a la AFP ING, hoy Protección.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, en este caso a Colfondos y Porvenir, y todas las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral **tercero** de la sentencia, para condenar a todas las AFP demandadas, a la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, y a Colpensiones a que, una vez recibida la referida devolución con el detalle de la información, reactive la afiliación del actor y actualice su historia laboral, en el régimen de prima media.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, *«la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera*

*satisfacción*¹, por lo que resulta acertada la decisión de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **tercero** de la sentencia proferida el 24 de mayo de 2022, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección SA** y **Colfondos SA Pensiones y Cesantías**, deberán devolver también, con destino a Colpensiones, los valores descontados de los aportes efectuados con ocasión de la vinculación del demandante, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado; y, una vez **Colpensiones** reciba los valores objeto de devolución con el respectivo detalle, deberá proceder a reactivar la afiliación y actualizar la historia laboral del actor, en el régimen de prima media, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según las motivaciones anteriores.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

¹ CSJ SL1688-2019.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*

[11001310501920180057801](https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/11001310501920180057801)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 72684280e9dbd91889f16878b66bb40567b6a3561b0ca610d0790b6b144733c2

Documento generado en 13/04/2023 12:24:10 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **034 2019 00359 01**
DEMANDANTE: SAMIR ALFONSO JARUFFE VEGA
DEMANDADO: FEM ENERGY SAS

Bogotá DC, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 24 de enero de 2022, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo que estuvo vigente desde el 1º de junio al 18 de diciembre de 2018; en consecuencia, que se condene al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y primas de servicios de todo el tiempo laborado y los aportes al sistema de seguridad social y caja de compensación teniendo en cuenta que el salario era de \$3.500.000, junto con la indemnización moratoria y la indexación.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, el demandante manifestó que entre las partes existió un contrato de trabajo de obra o labor que se mantuvo vigente desde el 1º de junio al 18 de diciembre de 2018, en virtud del cual, se desempeñó como ingeniero de proyectos; que devengaba un salario mensual de \$3.500.000,00; que la demandada no le ha cancelado la liquidación final; que los aportes a pensión se pagaron sobre una base salarial

equivalente al mínimo legal mensual vigente; y, que el empleador no ha informado el estado del pago de las cotizaciones de los últimos tres meses (págs. 57 a 67 y 73 a 77, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

Después de ser subsanada, la demanda se admitió el 17 de enero de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (pág. 9, arch. 1), quien dio respuesta admitiendo los hechos relacionados con la existencia del contrato de trabajo, el extremo inicial y el salario devengado por el actor; a su vez, se opuso a las pretensiones con fundamento en que las sumas correspondientes a la liquidación final del contrato se consignaron el 1º de agosto de 2019 en el Banco Agrario de Colombia, situación que fue comunicada al actor y que los aportes se efectuaron sobre una base salarial inferior por común acuerdo de las partes. En su defensa, propuso las excepciones de reclamación de lo no debido y buena fe del empleador (págs. 101 a 107, arch. 1).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 24 de enero de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo pactado por la duración de la obra o labor que se mantuvo vigente del 1º de junio al 12 de diciembre de 2018 y que el salario devengado por el actor correspondía a \$3.500.000. A su vez, condenó a la demandada a pagar la suma de \$690.728 por concepto de reliquidación de las vacaciones y \$233.333 por reliquidación de la prima de servicios; así mismo, un salario diario equivalente a \$116.666, por cada día de retraso en el pago de las prestaciones sociales causadas del 13 de diciembre de 2018 al 2 de agosto de 2019, y la diferencia entre lo que se debió pagar durante la relación laboral, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, teniendo como IBC el salario real devengado, ante el fondo administrador de pensiones, previa elaboración del cálculo actuarial.

En lo que interesa a la alzada, la juez sustentó la condena al pago de la indemnización moratoria, en que en el caso de autos no podía predicarse la buena fe de la demandada, pues es deber del empleador conocer las normas que regulan las relaciones laborales y en esa medida aspectos como el pago

oportuno de las prestaciones sociales deben cumplirse de manera suficiente, pues aunque el trabajador reclamó insistentemente el pago al representante legal de la llamada juicio, aquel se mostró renuente y evasivo frente a todas las solicitudes, de manera que había lugar a disponer condena hasta la fecha en que se efectuó la consignación del depósito judicial, la cual tuvo lugar después de la presentación de la demanda.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandada**, solicitó que se revoque la condena emitida por concepto de indemnización moratoria con fundamento en que la buena fe de la sociedad quedó demostrada, comoquiera que siempre procuró realizar el pago de las prestaciones al trabajador respecto de lo que se creía deber, y por ello se estableció una comunicación con aquel para ese propósito; y, que por el contrario lo que se probó fue la mala fe del gestor al pretender ocultar documentos en el trámite del proceso.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 13 de mayo de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

La parte demandante presentó alegaciones solicitando que se confirme la condena impuesta en primera instancia (arch. 6, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si se acreditó o no la buena fe de la demandada, y en consecuencia, si resultaba o no procedente la condena por concepto de indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST.

Es un hecho acreditado e indiscutido en el proceso, que entre Samir Alfonso Jaruffe Vega y la sociedad FEM Energy SAS, existió un contrato de

trabajo a término indefinido que se mantuvo vigente desde el 1° de junio al 12 de diciembre de 2018.

Para establecer la procedencia de la indemnización materia de debate, es menester recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles (CSJ SL1285-2016 y CSJ SL572-2021).

Adicionalmente se ha dejado sentado en cuanto al pago de las acreencias debidas, por medio de título de depósito judicial, que “(...) *no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, en los términos del artículo 65 del C. S. del T., sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento*”(CSJ SL 28090, 20 oct. 2006, reiterada en CSJ SL4400-2014, última decisión que, a su vez, fue reiterada en las sentencias CSJ SL7391-2016 y CSJ SL2175-2022).

En ese orden, advierte la Sala como lo hizo la *a quo*, que la empresa demandada, el 1° de agosto de 2019 procedió a consignar mediante título de depósito judicial la liquidación final del contrato de trabajo que la ató al actor, incluyendo las sumas que creía adeudar (págs. 111 a 113, arch. 1), situación que fue comunicada al trabajador mediante correo electrónico del 2 de agosto siguiente (pág. 115, arch. 1), tal y como se aceptó en el interrogatorio de parte rendido por aquel.

A su vez, se advierte que la demandada en la alzada señaló como justificación de la falta de pago oportuno de las prestaciones sociales debidas, que desde la terminación del vínculo se sostuvo comunicación con el gestor para su pago, no obstante, no hay prueba que dé cuenta de ello y esa sola circunstancia no resulta ser una razón atendible de la mora, máxime cuando

entre la finalización del vínculo y la consignación del título de depósito judicial transcurrieron casi ocho meses, plazo que resulta excesivo, si se tiene en cuenta que de acuerdo con los postulados del art. 65 del CST el cumplimiento de dicha obligación debe verificarse a la terminación del contrato, y la indemnización se causa desde el día siguiente y por cada día de mora.

Asimismo, no está demostrado en el plenario que la tardanza pueda atribuirse a la conducta desplegada por el trabajador, pues el hecho de que este no haya declarado en la demanda el pago proporcional de la prima de servicios que encontró probado la juez de primer grado, no exime en modo alguno a la encartada de la omisión que se le atribuye, más aún cuando en la alzada no se rebate la conclusión probatoria a la que se arribó en la sentencia apelada, respecto de las conversaciones sostenidas entre el gestor y el representante legal de la convocada, que denotan las múltiples solicitudes de pago elevadas por el primero, y las respuestas evasivas y sin ánimo de cumplir por parte del segundo (págs. 45 a 53, arch. 1).

Por lo anterior se **confirmará** en su integridad la sentencia apelada. Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 24 de enero de 2022, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/_EymFFn20WNxCnPpIP0gcF3lBy90HO5C-OBogfR207pEAJQ?e=LlJSHe

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4f010388c76c2384d43f7a84e676609b4807d0b587b2c58bd130249503b43426**

Documento generado en 13/04/2023 12:24:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - SENTENCIA
RADICACIÓN.	11001 31 05 035 2020 00309 01
DEMANDANTE:	ARMANDO EMILIO REY TORRES
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

Bogotá DC, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, respecto de la sentencia proferida el 11 de agosto de 2022, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado efectuado al RAIS, ante la omisión del deber de información por parte de Colfondos SA; en consecuencia, se ordene el traslado y afiliación al RPM administrado por Colpensiones y a Colfondos SA a devolver a dicho fondo todos los dineros relativos a cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración. Adicionalmente, solicitó que en caso de haberse reconocido pensión por parte del fondo privado, se condene a Colfondos a seguirla pagando hasta que se produzca la inclusión en nómina por parte de Colpensiones.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones desde el 16 de octubre de 1987; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados, el 30 de octubre de 1998 se afilió a Colfondos SA, quien se limitó, por medio de un asesor, a llenar un formato preestablecido, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, frente a las consecuencias negativas o específicas de abandonar el RPM y sus implicaciones sobre los derechos pensionales; y, que elevó reclamo ante las demandadas (págs. 2 a 36, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previo subsanación, mediante auto del 25 de noviembre de 2020, la demanda se admitió, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 4) y en proveído del 29 de julio de 2021 en la etapa de saneamiento se dispuso la integración de la litis por pasiva con Porvenir SA (arch. 25). Las demandadas dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones de mérito que denominó 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 SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago (págs. 1 a 41, arch. “*CONTESTACIÓN DEMANDA Y ANEXOS DTE ARMANDO EMILIO REY*”, carp. 6).

Colfondos contestó con oposición a lo pretendido y para ello excepcionó 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 a Colfondos SA, prescripción de la acción y compensación y pago (págs. 2 a 21, arch. 9).

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (págs. 1 a 24, arch. 8).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 12).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 11 de agosto de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por Armando Emilio Rey Torres, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP Colfondos SA, y como consecuencia de ello, se ordenó a dicho fondo a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos. Adicionalmente, condenó a Colfondos y Porvenir a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que este permaneció afiliado en el fondo privado, y a Colpensiones, a volver a afiliarse a Armando Emilio Rey Torres al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la AFP Colfondos.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por el demandante, en la medida en que no se probó que el actor hubiera recibido información en los términos señalados en el precedente aplicable, pues la misma debía comprender todas las etapas del proceso desde el inicio hasta el momento del disfrute de la prestación.

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir solicitó que se revoque el numeral segundo del fallo, con fundamento en que no es jurídicamente viable imponer a ese ente cargas distintas a las previstas en las leyes preexistentes al momento en el que se llevó a cabo la afiliación del demandante, pues con ello se constituye la violación al debido proceso y confianza legítima, en la medida en que la vinculación del gestor obedeció a un traslado horizontal, en el que aquel no solamente era jurídicamente capaz, sino que además constituía un acto con objeto y causa lícitos.

Agregó que no había lugar a ordenar la devolución de los gastos de administración, comoquiera que los mismos también se encuentran previstos en el RPM, se destinaron a cubrir los riesgos de invalidez y muerte, no forman parte integral de la pensión de vejez y están sujetos a la prescripción de que trata el art. 151 del CPTSS, y además, de acuerdo con el concepto emitido el 17 de enero de 2020, por la Superintendencia Financiera de Colombia, en los casos de ineficacia del traslado la únicas sumas que se devuelven son los aportes depositados en la cuenta de ahorro individual. Dijo, que de ordenarse el traslado del concepto en mención, se generaría igualmente un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, porque no hay norma que sustente su devolución.

Colpensiones argumentó que en la sentencia de primera instancia no se aplicaron los presupuestos previstos en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que son las autoridades administrativas allí señaladas, las competentes para decidir sobre la ineficacia del traslado de régimen. Dijo que del interrogatorio de parte del actor, se desprendía su necesidad de permanecer en el RAIS, pues aquel decidió permanecer por más de 20 años y realizar traslados horizontales dentro del mismo. Agregó que de acuerdo con el criterio jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional en las sentencias C-1024-04, SU062-10 y SU130-13, nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados del RPM, debido a que dicho régimen se descapitalizaría; y, que además debe recurrirse al principio de sostenibilidad financiera del sistema previsto en el art. 48 de la CN. Finalmente, pidió que en caso de que se confirme la sentencia, se autorice a ese ente a reclamar judicialmente los perjuicios que se causen por asumir la obligación pensional del demandante; que se ordene a los fondos privados, no realizar ningún descuento por concepto de seguros previsionales, y, que no se condene en costas del proceso al ser un tercero de buena fe que respetó el derecho del actor de escoger su régimen pensional.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de

la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

La Parte demandante, Colpensiones y Porvenir SA presentaron alegaciones de instancia el primero solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia y las demandadas reiterando los argumentos expuestos en la contestación y el recurso (arch. 5, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 29 de octubre de 1961 (pág. 77, arch. 1); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 1º de diciembre de 1988 y el 31 de diciembre de 1998 un total de 368,57 semanas (carp. 7); **iii)** el 30 de octubre de 1998 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos SA, con fecha de efectividad desde el 1º de diciembre de 1998 ((pág. 57y 67 arch. 1); y, **iv)** el 21 de junio de 2002 se afilió a Porvenir SA con fecha de efectividad a 1º de agosto de esa anualidad (págs. 25 y 28, arch. 26).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el art. 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inc. 1º del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc. 7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘*preimpresa*’ en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones 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.

Es 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.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

Según se pudo advertir del anterior recuento, 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. 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”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) 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.”

En esta providencia, también se dijo:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, 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, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Colfondos SA**, el 30 de octubre de 1998 y luego se afilió a Porvenir SA el 21 de junio de 2002, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en los formularios de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) 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.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de

régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos SA, que hubiera suministrado información completa y comprensible en el

ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 30 de octubre de 1998 con su afiliación a la AFP Colfondos, efectiva desde el 1º de diciembre de 1998.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **adicionará** los numerales **primero y segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que tanto la AFP Colfondos SA como a la AFP Porvenir SA, efectúen la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por el *a quo*, junto con el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, «(...) pues, recuérdese, *«la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se*

desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

En torno a la solicitud efectuada por Colpensiones, respecto a que se autorice a ese ente iniciar las acciones judiciales tendientes a que las administradoras de fondos de pensiones vinculadas indemnicen los perjuicios que se ocasionen como consecuencia de la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen del demandante, advierte la Sala que ello no hizo parte del objeto de este litigio ni del debate probatorio, razón por la cual no es posible emitir una decisión de fondo respecto al particular.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales **primero** y **segundo** de la sentencia proferida el 11 de agosto de 2022, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tanto la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, como **Colfondos SA Pensiones y Cesantías** deberán devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados con ocasión de la vinculación del demandante, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los bonos pensionales y las comisiones, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes pagados, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

¹ CSJ SL1688-2019.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EvkE9WyTfj9FvvPVFbjteVsBj9D2whbfm06Apv4XRYW1fQ?e=PI2mf2](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EvkE9WyTfj9FvvPVFbjteVsBj9D2whbfm06Apv4XRYW1fQ?e=PI2mf2)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e2ca69a45cdedb142cbfddb68e3cdf64dcb3e2d6091a0decb33ec2b22a403fd3**

Documento generado en 13/04/2023 12:24:28 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>