

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00417 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO GARZÓN FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS EDUARDO GARZÓN FLÓREZ** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la activa pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, PORVENIR S.A. retorne todos los valores que hubiere recibido a COLPENSIONES, y que esta lo reciba, afilie, y lo mantenga sin solución de continuidad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00417 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO GARZÓN FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

PORVENIR S.A. (archivo 6), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 7), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 10 de marzo de 2022, declarando la ineficacia del traslado efectuado por el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 29 de febrero de 2000, que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; y ordenando a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00417 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO GARZÓN FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

bonos pensionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados, y a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de PORVENIR S.A. Condenó en costas a PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho \$2'000.000.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A., expuso que si bien existe un precedente sobre este asunto, cada caso debe ser analizado en concreto; que según Superintendencia Financiera de Colombia no es dable exigir un documento distinto al formulario de afiliación; que el actor fue negligente, pues este mismo debió advertirlo, y dentro del término de cuatro años pedir la rescisión del acto; que al no haberse realizado lo anterior, hubo una ratificación de la afiliación; que lo anterior guarda concordancia con jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá, así como con el principio de favorabilidad, pues se deben tomar los regímenes en su integridad, de modo que, no sería dable devolver otros valores diferentes a los que están en la cuenta de ahorro individual; y que en suma, dichos rubros generarían un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, lo que se encuentra acorde con el criterio de la Superintendencia Financiera.

COLPENSIONES por su parte, argumentó que la realidad de los hechos es que no se alega la falta de un deber de información, sino que el descontento está centrado en el valor de la mesada pensional; que no se puede computar como falta del deber de información la falta de una proyección pensional, pues para la época de los hechos no era exigible tal requisito; y que el actor estaba inmerso en la prohibición de trasladarse pues estaba a menos de 10 años de cumplir la edad pensional, la que no violenta ningún derecho prestacional de este.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00417 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO GARZÓN FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por estas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De la ineficacia del traslado.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00417 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO GARZÓN FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
-------------------	---	---

Demandante: **LUIS EDUARDO GARZÓN FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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. (...)"

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

...Paralelamente, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00417 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO GARZÓN FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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 desvirtuarlo 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

“2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00417 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO GARZÓN FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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.”

e) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafilarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafilación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso -y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00417 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO GARZÓN FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Del caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 27 de abril de 1989 registra aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 58 a 62 del archivo 1; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 29 de febrero de 2000 (fl.77 del archivo 6) y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 23 y 24 de marzo de 2021 ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, quienes negaron tal pedimento (fls. 63 a 80 del archivo 1, 162 a 167 del archivo 6 y a archivo 9).

A folio 77 del archivo 6 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 29 de febrero de 2000 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que el asesor le dijo que el I.S.S. se iba a acabar, que podía pensionarse anticipadamente,

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00417 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO GARZÓN FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

que su pensión sería el 70% de su sueldo, que sus aportes se iban a perder, y que podía hacer aportes voluntarios pero no le dijeron cómo; luego, de tales manifestaciones, la Sala no evidencia que se hayan generado consecuencias adversas para ésta, mucho menos que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor GARZÓN FLÓREZ en el traslado que ésta realizó el 29 de febrero de 2000, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, se confirmará la ineficacia de traslado que impuso el juez de primera instancia.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior en el que se encontraban antes de la celebración del acto cuestionado (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00417 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO GARZÓN FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

sus rendimientos, gastos de administración, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**; recuérdese que, en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667. De esta manera, y dado que precisamente los rubros narrados fueron los que ordenó la A Quo, debidamente indexados, su sentencia se CONFIRMARÁ.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00417 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO GARZÓN FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, se aplica a la **prescripción de los gastos de administración** y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. No se imponen costas a COLPENSIONES como quiera que no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el R.A.I.S.; igualmente, su negativa de no acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00417 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO GARZÓN FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Luis Eduardo Garzón Flórez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**022-2021-00417-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en 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, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según 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, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **44e62428d0d8b2b07b492e75b630313b0692d9171071d646c9c0dc82d247ecc4**

Documento generado en 31/01/2023 09:19:08 AM

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00420 -01
Demandante: **LAUREANO GÓMEZ MURCIA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar el recurso de apelación impetrado por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de marzo de 2022 dentro del proceso ordinario laboral que **LAUREANO GÓMEZ MURCIA** promoviese contra **COLPENSIONES.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante aspira a que se ordene la reliquidación de su pensión de vejez a partir del 15 de diciembre de 2011 bajo los parámetros del régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, con una tasa de reemplazo del 78%, y con el promedio de los aportes cotizados dentro de los últimos diez años. Igualmente, solicita devolución de aportes a salud, intereses moratorios por la falta de pago de las diferencias que podrían surgir de la reliquidación pensional,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00420 -01
Demandante: **LAUREANO GÓMEZ MURCIA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

así como por la falta de pago oportuno de la pensión de vejez, e indexación.

Como fundamento relevante de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Nació el 15 de diciembre de 1951; **2)** Efectuó cotizaciones a CAJANAL del 19 de abril de 1971 al 15 de agosto de 1990, y al I.S.S. desde el 01 de diciembre de 1999; **3)** Mediante Resolución SUB 98334 del 12 de abril de 2018 le fue reconocida pensión de vejez de conformidad con la Ley 71 de 1988 en cuantía inicial de \$1'973.541, a partir del 19 de junio de 2012; y **4)** El 09 de abril de 2021 solicitó la reliquidación teniendo en cuenta el Acuerdo 049 de 1990.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (archivo 10), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración al derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Manifestó que no es procedente la reliquidación, puesto que el actor no alcanzó más de 1250 semanas, por lo que, sólo es dable liquidar con el promedio de los aportes efectuados en los últimos diez años de cotización; y que los tiempos públicos no es dable tener en cuenta para liquidar pensiones del Acuerdo 049 de 1990.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 29 de marzo de 2022, a través de la cual dictó **sentencia absolutoria.**

Señaló el A Quo que no existe controversia en cuanto a la calidad de pensionado del actor; y que de antaño la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no procede la liquidación de pensiones del Acuerdo 049 de 1990 con tiempos públicos, no siendo posible aplicar el precedente de la Corte Constitucional pues esta únicamente va dirigida a personas que no alcanzan la cantidad de semanas en el sector privado para acceder a tal pensión.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA

La **parte actora** expresó que el actor cumple los presupuestos legales para acceder a una pensión del régimen de transición, pues la Corte Suprema de Justicia estableció la posibilidad de sumas tiempos públicos frente a pensiones del Acuerdo 049 de 1990.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, admitió el recurso de apelación, y se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por estas, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el **problema jurídico a resolver**, se circunscribe a determinar si es procedente reliquidar la pensión del demandante de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta tiempos públicos.

De reliquidación pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990.

El inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición, señalando que frente a las pensiones gobernadas por regímenes anteriores a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, únicamente es dable acudir a ellas, en lo atinente a los requisitos de edad, tiempo o número de semanas cotizadas, y monto, por lo que, las demás situaciones quedaron reguladas por la Ley 100 de 1993.

Por tanto, el ingreso base de liquidación o I.B.L. no es uno de los elementos a los que se puede acudir del régimen anterior, de manera que debe ser calculado teniendo en cuenta lo que al respecto dispone la Ley 100 de 1993 y la normatividad que la reglamenta.

Bajo tal entendimiento, se debe calcular el ingreso base de liquidación a las personas que son beneficiarias del régimen de transición, así: a quienes le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el ingreso se establecerá con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hacía falta para pensionarse o el cotizado durante todo el tiempo laboral si este fuere superior, mientras que a quienes le faltaban más de diez años para adquirir el derecho a la misma fecha, dicho ingreso corresponde a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de su pensión o el promedio del ingreso base calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si éste fuera más favorable, siempre que haya cotizado 1250 semanas; criterio que ha sido expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 15 de febrero de 2011, Rad. 43336, 08 de mayo de 2013, Rad. 42529, y 06 de abril de 2016, Rad. 51152; que además ha sido acogido por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00420 -01
Demandante: **LAUREANO GÓMEZ MURCIA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

Sobre el tema puesto a consideración de la Sala, debe decirse que la línea de pensamiento del Órgano de Cierre de esta jurisdicción estuvo asentada por varios años, en el entendido de que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al ISS con las cotizaciones efectivamente efectuadas al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, a efectos de acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. (Véanse en ese sentido, CSJ SL032-2018, y CSJ SL1652-2018)

No obstante, dicha postura recientemente fue abandonada por el órgano de Cierre de esta Jurisdicción, y a través de un nuevo análisis dispuso el actual criterio que permite computar tiempos públicos con lo cotizado al ISS, para efectos de establecer la causación del derecho pensional con base en el citado artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

El argumento de tal postura se fundamenta, básicamente, en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 1° de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, aplicando de dicha normativa lo que tiene que ver con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y tasa de reemplazo; pero lo relacionado con la forma de computar las semanas se regula por lo establecido en el literal f) del artículo 13, parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Al respecto, la providencia CSJ SL1947-2020 rad. 70918, reiterada en la CJ SL1981-2020, expuso lo siguiente:

“De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y

monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el párrafo 1.º del artículo 33 y el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el párrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

[...] En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

[...] Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens (Subrayado fuera del texto).

Sumatoria de tiempos que también procede a efectos de obtener la reliquidación de la pensión de vejez, tal como se dejó expuesto en la decisión CSJ SL2557-2020 rad. 72425, en la cual se expresó:

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

En igual sentido, en la sentencia SL2061-2021 reiteró que:

“Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens (...).

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión”. (Negrillas por la Sala).

No obstante lo anterior, debe resaltarse que la tesis atrás expuesta se torna improcedente en tratándose de casos en donde la prestación de vejez fue reconocida con base en la Ley 33 de 1985 cuando se reconoció la pensión y aún no se habían cumplido los requisitos del Acuerdo 049 de 1990; no siendo así con la Ley 71 de 1988, como quiera que el requisito de edad es el mismo exigido en el citado Acuerdo 049 de 1990. Al respecto, en sentencia SL3484-2022, se señaló:

“Sin embargo, la reliquidación se torna improcedente cuando la prestación se reconoce inicialmente bajo la Ley 33 de 1985, pero a partir de una fecha en la cual el afiliado no había cumplido aún los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, pues la reliquidación está cimentada en un cambio de régimen y, por ello, para que sea viable deben estar acreditados los requisitos exigidos por ambos regímenes a la fecha del reconocimiento inicial, dado que no existe disposición legal que permita acceder a una pensión de forma temporal y hasta que se cumplan los requisitos consagrados en otra normativa.

De esta manera, si se accede inicialmente al reconocimiento pensional bajo la Ley 33 de 1985 sin el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, la reliquidación posterior resultaría contraria a derecho, porque al pensionado ya le fueron canceladas las mesadas pensionales que se causaron bajo el régimen inicial, las cuales, de efectuarse la reliquidación, quedaría sin soporte legal su reconocimiento, pero, además, cualquier mecanismo de devolución, retorno o descuento a futuro de lo ya cancelado, distorsiona la aplicación efectiva del régimen de transición y pone en riesgo el funcionamiento del régimen de prima media con prestación definida.

De la misma manera, conviene advertir que diferente es la situación para las personas que inicialmente acceden a la prestación bajo la Ley 33 de 1985, pero cumplen los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, situación que suele coincidir en el caso de las mujeres porque en

ambos regímenes la edad es de 55 años y, tratándose de hombres, cuando por cualquier circunstancia no se pensionan sino hasta los 60 años o con posterioridad, eventos en los cuales sí es viable la reliquidación en comento, ya que no se han cancelado mesadas pensionales en períodos anteriores.

En la misma línea, los pensionados que en virtud de la transición accedieron al derecho bajo la Ley 71 de 1988, también son destinatarios de la reliquidación de la pensión en los términos del Acuerdo 049 de 1990, pues las edades tanto de las mujeres como de los hombres son idénticas en los dos regímenes, 55 años para ellas y 60 años en el caso de los hombres, razón por la cual, la reliquidación se hace posible por no haberse recibido mesadas pensionales anteriores a la fecha en que se ordena la reliquidación”.

Del caso concreto.

No son motivo de controversia y se encuentran acreditados en el juicio los hechos relativos a: **i)** El nacimiento del demandante el 15 de diciembre de 1951 (fl. 13 del archivo 1) **ii)** El reconocimiento al mismo de una pensión de conformidad con la Ley 71 de 1998, mediante Resolución SUB 98334 del 12 de abril de 2018, a partir del 19 de junio de 2012, en cuantía de \$1'973.541 (fls. 26 a 32 del archivo 1); y **iii)** La reclamación elevada el 13 de abril de 2021 de reliquidación de su pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990 (fls. 22 a 24 del archivo 1).

Pues bien. Efectuado el análisis de rigor, en primer lugar encuentra la Sala que al accionante le fue reconocida la pensión de jubilación por aportes por ser beneficiario del régimen de transición de conformidad con la Ley 71 de 1988, la que se liquidó teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 75%, aspecto que es precisamente el objeto de controversia pues la activa solicita se aplique una tasa del 78%.

Por otra parte, se avizora que el tiempo total que laboró el demandante fue 1097 semanas, lo que se extrae de la Resolución SUB 98334 del 12 de abril de 2018 (fls. 26 a 32 del archivo 1), por lo que conforme lo reseñado en precedencia no resulta viable reliquidar la prestación con el promedio de lo que cotizó en toda su vida laboral, pues no alcanzó 1250 semanas. En todo caso, la pensión de jubilación del actor se liquidó sin que fuera objeto de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00420 -01
Demandante: **LAUREANO GÓMEZ MURCIA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

controversia el I.B.L., pues COLPENSIONES lo liquidó teniendo en cuenta la inclusión de tiempos públicos, dado que la prestación se reconoció de conformidad con la Ley 71 de 1988.

De esta manera, la controversia únicamente gira en torno a la viabilidad de reconocer la prestación con el Acuerdo 049 de 1990, y por ende reliquidar esta con una mayor tasa de reemplazo, a lo que se accederá en virtud de lo establecido en las sentencias SL1947-2020 y SL1981-2020, esto es, la posibilidad de contabilizar tiempos públicos y privados para el reconocimiento de una pensión de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990.

Lo dicho, por cuanto el demandante acumula los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, esto es, 60 años, y un mínimo de 1000 semanas, pues según se extrae de la Resolución SUB 98334 del 12 de abril de 2018, al actor se le extendió su régimen de transición hasta 2014, fecha en la que alcanzó tales requisitos, pues al 15 de diciembre de 2011 logró la edad aludida, así como 1097 semanas; no obstante, reconocerse la pensión a partir del 19 de junio de 2012 en virtud del fenómeno de la prescripción (fls. 26 a 32 del archivo 1).

Así las cosas, y como quiera que el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 establece que entre 1050 y 1099 semanas, se debe reconocer la prestación con una tasa de reemplazo del 78%, se accederá al reajuste pensional teniendo en cuenta tal tasa. Por ende, y dado que el I.B.L. fijado para el 19 de junio de 2012 es la suma de \$2'631.388 (fls. 26 a 32 del archivo 1), el que se reitera no fue objeto de discusión, se tiene que el valor de la mesada pensional a dicha calenda equivale a **\$2'052.482,64.**

Por lo dicho, se **REVOCARÁ** la sentencia, para en su lugar **DECLARAR** que el señor Laureano Gómez Murcia tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, al ser beneficiario del régimen de transición, el Acuerdo 049 de 1990, de una tasa de reemplazo del 78% por lo que su mesada a partir del 19 de junio

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00420 -01
Demandante: **LAUREANO GÓMEZ MURCIA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

de 2012, corresponde a la suma de **\$2'052.482,64.**; y se procede a estudiar si operó el fenómeno prescriptivo y si hay lugar al pago de intereses moratorios.

Prescripción.

El artículo 151 del C.P.T y de la S.S dispone que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible; y que el simple reclamo escrito sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En el plenario se tiene que la pensión sobre la que se solicita su reliquidación se reconoció mediante la Resolución SUB 98334 del 12 de abril de 2018, notificada el 17 de mayo de 2018 (documental obrante en la carpeta 15), por lo que, fue a partir de tal data que empezó a correr el término prescriptivo, el que se logró interrumpir con la solicitud elevada el día 13 de abril de 2021 (fls. 22 a 24 del archivo 1), esto es, dentro del término de tres años, por lo que, no operó el fenómeno en estudio. Asimismo, se demandó dentro de los tres años contados a partir de la reclamación administrativa, 13 de septiembre de 2021 (archivo 3).

Intereses moratorios.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que los intereses moratorios resultan aplicables a las pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, así como para las de transición a cargo del I.S.S. en el régimen de prima media con prestación definida (sentencias del 24 de mayo de 2007, y 04 de julio de 2018, Rads. 30325, y SL2000-2018, respectivamente); incluso, la misma Corporación, en sentencia SL1681-2020, reexaminó el tema y consideró que los referidos intereses no solamente operan en relación con las pensiones otorgadas exclusivamente en virtud de la nueva ley de seguridad social, sino frente a todas las prestaciones concedidas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00420 -01
Demandante: **LAUREANO GÓMEZ MURCIA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

en aplicación de normas anteriores y en sujeción al régimen de transición.

Por otra parte, la misma corporación ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

De igual manera, en la sentencia SL3130-2020 se sentó un nuevo criterio frente a la procedencia de los intereses moratorios cuando se está frente a un reajuste o reliquidación pensional, señalando que *“los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente.”*

En el caso específico del reconocimiento pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta aportes públicos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL1689-2019, SL4480-2020, SL4811-2020, y SL2071-2021, señaló que no proceden cuando el reconocimiento de la pensión obedece al cambio de criterio jurisprudencial ocurrido con posterioridad a la reclamación, no obstante, tal supuesto no ocurre en el caso de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00420 -01
Demandante: **LAUREANO GÓMEZ MURCIA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

estudio, puesto que la reclamación data del 13 de abril de 2021 y el cambio jurisprudencial se presentó con la sentencia SL1947-2020 que data del 01 de julio de 2020.

De conformidad con lo dicho, estima la Sala que hay lugar al pago de intereses moratorios, los que conforme a las voces del artículo 141 de Ley 100 de 1993, comienzan a causarse a partir del vencimiento del plazo máximo de cuatro meses de que trata el artículo 9° de la Ley 797 del 2003, contados desde la fecha de solicitud de la pensión con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Por tanto, y dado que la reclamación data del 13 de abril de 2021, habrá lugar a intereses moratorios a partir del 13 de agosto del mismo año de la siguiente manera: sobre las diferencias que surjan de las mesadas reconocidas y las mesadas reajustadas, a partir del 19 de junio de 2012 hasta el 31 de julio de 2021, los intereses moratorios se pagarán desde el 13 de agosto de 2021 hasta que se haga efectivo su pago; y sobre las diferencias que surjan sobre las mesadas pagadas por COLPENSIONES y las mesadas reajustadas a partir del 01 de agosto de 2021, intereses moratorios desde la causación de cada mesada hasta cuando se haga efectivo su pago.

Finalmente, se aclara que no hay lugar a indexación, pues la actualización dineraria se encuentra inmersa dentro de los intereses moratorios; y que no es dable estudiar las pretensiones encaminadas a la devolución de los aportes a salud descontados al actor y, los intereses moratorios frente a la pensión inicialmente reconocida con fundamento en la Ley 71 de 1988, dado que ello no fue objeto de impugnación.

Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se dispone:

A. DECLARAR que el señor Laureano Gómez Murcia tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, al ser beneficiario del régimen de transición, el Acuerdo 049 de 1990, de una tasa de reemplazo del 78% por lo que su mesada a partir del 19 de junio de 2012, corresponde a la suma de **\$2'052.482,64.**

B. DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción.

C. CONDENAR a COLPENSIONES a la reliquidación de la pensión de vejez del señor Laureano Gómez Murcia, teniendo como valor de la mesada a partir del 19 de junio de 2012, la suma de **\$2'052.482,64.** En consecuencia, efectúense los reajustes de las mesadas año a año teniendo en cuenta el anterior valor, y páguese las diferencias que surjan entre valor inicialmente reconocido y la mesada reajustada.

D. CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar **intereses moratorios** de la siguiente manera: sobre el valor de las diferencias que surjan de las mesadas reconocidas y las mesadas reajustadas, a partir del 19 de junio de 2012 hasta el 31 de julio de 2021, los intereses moratorios se pagarán desde el 13 de agosto de 2021 hasta que se haga efectivo su pago; y sobre el valor de las diferencias que surjan sobre las mesadas reconocidas y las mesadas reajustadas a partir del 01 de agosto de 2021, intereses moratorios desde la causación de cada mesada hasta cuando se haga efectivo su pago.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00420 -01

Demandante: **LAUREANO GÓMEZ MURCIA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

E. ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO - Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Salvo voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de COLPENSIONES.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: LAUREANO GÓMEZ MURCIA
Demandada: Colpensiones
Radicación: 11001-31-05-**035-2021-00420-01**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que me aparto de la adoptada, toda vez que, como lo he expresado en oportunidades anteriores, me aparto de las consideraciones y criterio expuesto en torno a la posibilidad de acumular tiempos de servicio en el sector público sin cotización al ISS, hoy Colpensiones, con aportes efectuados a esa entidad, con el fin de acreditar las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en aplicación del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, por cuanto considero que esa sumatoria o acumulación en general resulta improcedente, si de aplicar el citado reglamento del ISS se trata, con independencia de que se le haga producir efectos de manera directa, como en el caso se pretendía, o por virtud del régimen de transición; en este último evento, respecto del que disiento del cambio de criterio adoptado recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL1947-2020), el que por demás está indicar, en la actualidad no cuenta con mayoría; y, comparto los argumentos de los magistrados que se apartaron de manera categórica de ese cambio jurisprudencial.

Al respecto, considero que si el régimen de transición remite a la legislación aplicable antes de la vigencia del sistema pensional contenido en la Ley 100 de 1993, en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión, ha de atenderse justamente a lo previsto por esa normatividad, para verificar la forma en la que se cumplen esos supuestos, y en el caso del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, ninguna de sus disposiciones permite la sumatoria de tiempos de servicio público no cotizados al ISS, ni de aquellos sufragados en otras cajas de previsión social, con los que fueron efectivamente cotizados al Instituto, por el contrario, el art. 12 del Acuerdo establece como requisito para acceder a la pensión de vejez, un mínimo de **semanas de cotización** que deben ser **pagadas** o **sufragadas** en los lapsos allí referidos, lo que permite fácilmente concluir que se excluyen allí los tiempos de servicios no cotizados a la entidad.

Así mismo, en mi sentir resulta de suma relevancia que el referido acuerdo fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, con la

finalidad de regular exclusivamente las prestaciones reconocidas por el ISS, en las condiciones previstas en ese reglamento, esto es, en virtud de los aportes realizados a la entidad, con la tasa de reemplazo y el ingreso base de liquidación que estaba acorde con el funcionamiento de ese régimen pensional, sin prever o permitir la acumulación de tiempos, que se encontraba ya regulada por la Ley 71 de 1988, aplicable también en virtud del régimen de transición.

Finalmente, insisto en que me sumo a los planteamientos expuestos en los salvamentos de voto con los que cuenta el citado cambio de criterio (CSJ SL1947-2020), en particular lo expuesto por los H. Magistrados Dr. Fernando Castillo Cadena y Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán (qepd), último del que me permito citar en adición a lo expuesto, la siguiente consideración que comparto en su integridad, como razón aneja para apartarme de manera razonada y justificada del nuevo criterio jurisprudencial:

“No menos importante resulta advertir, que esa ampliación o extensión de las posibilidades de aplicación del régimen de transición, no se acompasa con la finalidad del mismo, esto es, la protección de las expectativas pensionales de quienes se encontraban en camino de construcción de su pensión, pues las llamadas a ser protegidas eran aquellas que conforme a esa normatividad que les era aplicable antes del tránsito legislativo, les permitirían el reconocimiento de una pensión de vejez por el cumplimiento de los requisitos allí previstos, y en este sentido, si no se contemplaba la sumatoria de esos tiempos en el régimen respectivo, y en consecuencia, no podían acceder así a las prestaciones pensionales, no existe ahora ninguna razón para que en virtud del régimen de transición sí sea posible.

Y es que, en ese escenario, no solo se mantendrían las condiciones pensionales anteriores, sino que se convertirían tales prerrogativas en una nueva modalidad de prestación, más benévola que las que venían rigiendo, creándose con ello un nuevo régimen, lo que a su vez contraría algunas de las finalidades con las que se instituyó el nuevo sistema pensional, que justamente pretendió unificar los múltiples regímenes existentes, procurando entre otros, lograr igualdad en las condiciones de acceso a las prestaciones del sistema, así como mayor cobertura y su sostenibilidad financiera, y en vez de ello, con el nuevo criterio, se estarían perpetuando, y aun incrementando, las desigualdades que venían rigiendo con anterioridad”.

En consecuencia, considero que no hay lugar a la referida sumatoria para determinar el derecho pensional y sus condiciones de reconocimiento, en aplicación del régimen de transición que remite al A.049 de 1990, ni han de tenerse en cuenta los periodos laborados en el sector público sin cotización, para ningún efecto, lo que incluye el cálculo del ingreso base de liquidación y el monto pensional, ni a modificar el valor de la prestación por esa causa.

Finalmente, preciso que lo expuesto cobra mayor relevancia en este asunto, en el que según los hechos en los que se sustenta lo pretendido, **el actor no estuvo afiliado al ISS en vigencia del citado Acuerdo, por lo que no tenía expectativa alguna de beneficiarse de él, que fuera menester proteger con el régimen de transición.**

Hasta acá, el planteamiento de mi salvamento parcial de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **da3189bfe697aab8bc31aeb29639566feec54b3191c4635c684e2c9ee728e662**

Documento generado en 31/01/2023 09:19:05 AM

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00271 -02.

Demandante: **MOISÉS SANDOVAL BERNAL.**

Demandado: **PORVENIR S.A. Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el 28 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **MOISÉS SANDOVAL BERNAL** promoviese contra **PORVENIR S.A., EXPOCAUCHO LTDA. EN LIQUIDACIÓN y COLMANGUERAS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende el reconocimiento y pago de una pensión de vejez a partir del 07 de abril de 2016.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó los siguientes hechos: **1)** Cotizó al I.S.S., 329 semanas; **2)** Se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., cotizando entre el 30 de septiembre de 1994 y octubre de 2017,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00271 -02.

Demandante: **MOISÉS SANDOVAL BERNAL.**

Demandado: **PORVENIR S.A. Y OTROS.**

678 semanas; **3)** Entre el 23 de abril de 1993 y el 15 de noviembre de 2005 laboró con COLMANGUERAS S.A. y EXPOCAUCHO LTDA. EN LIQUIDACIÓN, quien no efectuó sus aportes a pensión; **4)** Demandó a sus empleadores COLMANGUERAS S.A. y EXPOCAUCHO LTDA. EN LIQUIDACIÓN, ordenándose mediante sentencia del 25 de abril de 2013 el pago de los aportes; **5)** El 26 de mayo, 14 de julio de 2014 y 30 de julio de 2015 solicitó a PORVENIR S.A. hacer el cobro de los aportes que adeudaban COLMANGUERAS S.A. y EXPOCAUCHO LTDA. EN LIQUIDACIÓN; **6)** El 01 de junio y 02 de septiembre de 2016 solicitó su pensión de vejez, a lo que se dio respuesta el 27 de septiembre de 2016, señalándose que se estaba haciendo el cobro de los aportes adeudados; y **7)** Presentó acción de tutela, a través de la que se ordenó el 18 de julio de 2017, se dispuso que dicha discusión estaba en manos de los jueces ordinarios.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

PORVENIR S.A. (fls. 224 a 235 del archivo 01), se opuso a las pretensiones, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó petición antes de tiempo en relación con la pretensión de pensión de vejez, inexistencia de las obligaciones demandadas y ausencia de responsabilidad atribuible a PORVENIR S.A., compensación, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.

Señaló que ha efectuado múltiples requerimientos a COLMANGUERAS S.A. y EXPOCAUCHO LTDA. EN LIQUIDACIÓN., quienes no han realizado el pago de aportes a pensión, adeudándose los correspondientes a marzo de 1996 a mayo de 2004; que por lo anterior, no se tiene certeza si el demandante es beneficiario de una pensión de vejez con base en los aportes que tiene en su cuenta de ahorro individual o una pensión de garantía mínima; que el demandante no ha presentado una reclamación formal solicitando su pensión de vejez, siendo necesario que se allegue la documentación indispensable para

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00271 -02.

Demandante: **MOISÉS SANDOVAL BERNAL.**

Demandado: **PORVENIR S.A. Y OTROS.**

determinar si hay lugar a esta prestación; y que en la actualidad el demandante acumula menos de 1150 semanas.

Mediante auto del 02 de septiembre de 2019 se tuvo por NO CONTESTADA la demanda por parte de **COLMANGUERAS S.A. y EXPOCAUCHO LTDA. EN LIQUIDACIÓN.** (fls 275 y 276 del archivo 01).

2.1. INTEGRACIÓN LITISCONSORCIO NECESARIO.

Mediante providencia del 19 de febrero de 2021, se dispuso la integración del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (fls. 312 a 318 del archivo 01), quien propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación de pagar una Garantía de Pensión Mínima, inexistencia de la obligación de pagar por omisiones de empleadores, buena fe, y la genérica (carpeta CD.folio 287).

Indicó que una vez PORVENIR S.A. reciba el pago del cálculo actuarial podrían presentarse dos supuestos, la posibilidad de reconocer pensión de vejez o de pagar una garantía de pensión mínima; que la A.F.P. no ha solicitado el reconocimiento de una garantía de pensión mínima y que su función es únicamente expedir el acto administrativo de reconocimiento, pero no contribuye para su financiación; que el 29 de julio de 2017 se solicitó la emisión del bono pensional, a lo que se dio respuesta de forma positiva; y que la garantía de pensión mínima sólo se activa si no hay lugar a pensión de vejez.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 28 de marzo de 2022, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que al actor le asiste derecho al reconocimiento y pago de una pensión mínima de vejez, conforme a la garantía de pensión mínima de vejez, contemplada en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1° de noviembre de 2017, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00271 -02.

Demandante: **MOISÉS SANDOVAL BERNAL.**

Demandado: **PORVENIR S.A. Y OTROS.**

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. al reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima de vejez a favor del actor, a partir del 1° de noviembre de 2017, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

Parágrafo: PORVENIR S.A. deberá adelantar las gestiones pertinentes ante la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a efectos de obtener la garantía de pensión mínima de vejez previo el procedimiento establecido en los Decretos 832 de 1996 y 142 de 2006, en los términos allí indicados, lo anterior no es óbice para sustraerse del deber de reconocer la pensión mínima de vejez.

Parágrafo 1: En caso de que, como consecuencia del pago de los aportes en mora por parte de los empleadores aquí demandados, se acreciente el capital, y se observe que, con dicha suma, puede acceder a un monto pensional, más alto que el que le corresponde por garantía de pensión mínima de vejez, PORVENIR S.A., deberá recalcular la pensión de conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: CONDENAR al pago del retroactivo pensional a la PORVENIR S.A. en la suma de \$49.357.082, generada desde el 01 de noviembre de 2017 hasta el 31 de marzo de 2022, sin perjuicio de las que se sigan causando.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, en los términos indicados en esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER a la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de todas las pretensiones impetradas en su contra por la parte demandante, en la demanda.

SEXTO: ABSOLVER a COLMANGUERAS S.A. y EXPOCAUCHO LTDA. EN LIQUIDACIÓN, de todas las pretensiones impetradas en su contra por la parte demandante, en la demanda.

SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. en favor del demandante, \$3'000.000, que deberá ser incluida en la respectiva liquidación, sin costas para la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

En síntesis, refirió la A Quo que está acreditado que el actor está afiliado al R.A.I.S. desde el 10 de agosto de 1994 través de Colpatria Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A.; que para que haya lugar a pensión de vejez de conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 era necesario acreditar que el capital acumulado por el actor en su cuenta de ahorro individual excedía el 110% de un salario mínimo, no obstante, el capital demostrado es insuficiente para acceder a dicha prestación; que hay lugar a la garantía de pensión mínima, pues está acreditado que el actor acumula 1150 semanas así como tiene más de 62 años; que lo dicho, por cuanto están demostrado los tiempos laborados por el accionante con COLMANGUERAS S.A. y EXPOCAUCHO LTDA. EN LIQUIDACIÓN, con lo que estos tiempos el accionante alcanza 1391,67 semanas; que no es el afiliado quien debe soportar la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00271 -02.

Demandante: **MOISÉS SANDOVAL BERNAL.**

Demandado: **PORVENIR S.A. Y OTROS.**

falta de pago de aportes por parte de sus empleadores ni la falta de cobro de la A.F.P.; que es PORVENIR S.A., la entidad llamada a adelantar los trámites necesarios para lograr el pago de la garantía de pensión mínima; que la pensión se debe reconocer a partir del 01 de noviembre de 2017, pues fue a partir de esa fecha que dejó de realizar aportes y materializó su deseo de gozar de la prestación; y que no operó prescripción, ya que, entre el reconocimiento pensional y la demanda, no transcurrieron más de tres años;

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A. señaló que no es dable condenarla a tener aportes no efectuados por empleadores por mora, por cuanto está consagrado en la Ley 100 de 1993 que le corresponde al empleador hacer los descuentos de los aportes y hacer su pago; que la orden que se debió dar era el pago efectivo de los aportes que adeudan los empleadores para que de esta manera se pudiera tener en cuenta la historia laboral y adelantar los trámites para el reconocimiento de la garantía de pensión mínima.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 08 de junio de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, PORVENIR S.A., y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si le corresponde a PORVENIR S.A. pagar la pensión de vejez en virtud de la garantía de pensión mínima establecida en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, pese a existir omisión en el pago de algunos aportes a pensión por parte de COLMANGUERAS S.A. y EXPOCAUCHO LTDA. EN LIQUIDACIÓN.

De la Garantía de Pensión Mínima

Conforme lo dispone el Art. 64 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de ahorro individual con solidaridad hay lugar al reconocimiento de una pensión de vejez cuando el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual le permite al afiliado obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal.

Sin embargo, cuando el afiliado no logra cumplir con el requisito consagrado en el artículo 64 ídem, esto es, no logra acumular el capital para financiar una pensión mínima, resulta procedente examinar si el afiliado cumple los requisitos para acceder a una garantía de pensión mínima, tal como lo establece el artículo 65 de ejusdem, que a la letra reza:

“ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.”

La garantía de pensión mínima de vejez es entendida como un beneficio que otorga el Estado a aquel afiliado que no completa el capital necesario para financiar la pensión mínima, siempre y cuando logre cumplir con la edad de 62 años si es

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00271 -02.

Demandante: **MOISÉS SANDOVAL BERNAL.**

Demandado: **PORVENIR S.A. Y OTROS.**

hombre o 57 años si es mujer, y tenga cotizadas por lo menos 1150 semanas.

De otro lado, no sobra recordar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado con inmodificable persistencia, respecto de la **mora patronal**, y su efecto en el reconocimiento de las prestaciones económicas, que ello no puede afectar al afiliado y beneficiarios, encontrándose la entidad administradora obligada a ejercer oportunamente las acciones de cobro en contra de los morosos so pena de proceder al reconocimiento de la prestación. Ver entre otras la reciente SL234-2020, así como las SL, 6 feb. 2013, rad. 45173, CSJ SL907-2013; CSJ SL 5429-2014; CSJ SL 4818-2015; CSJ SL 8082-2015; CSJ SL 16814-2015; CSJ SL 6469-2016 y CSJ SL 4952-2016.

VII. Del caso en concreto.

No existe controversia y se encuentran acreditados en juicio los siguientes hechos: **i)** El nacimiento del demandante el 07 de abril de 1954 (fl.43 del archivo 01); **ii)** La afiliación del actor al régimen de prima media a través del I.S.S. desde el 06 de octubre de 1987, y su posterior traslado a Colpatria Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el 10 de agosto de 1994 (fl.242, 247 y 248 del archivo 01); **iii)** La condena impuesta mediante sentencia del 25 de abril de 2013, por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca a EXPOCAUCHO LTDA. EN LIQUIDACIÓN consistente en reconocer y pagar en favor del actor, los aportes de abril a septiembre de 1994, junio de 1995, agosto de 1995 a mayo de 2004, y a COLMANGUERAS S.A. los aportes del 26 al 30 de mayo de 2004, 01 de julio de 2004 al 15 de noviembre de 2005, tiempos que consideró en mora (fls. 22 a 32 del archivo 01); **iv)** La acreditación de 329 semanas cotizadas al entonces I.S.S., y 678 en PORVENIR S.A. (fls. 33 a 36 del archivo 01); **v)** La solicitud efectuada por el actor a PORVENIR S.A., en diversas oportunidades: 26 de marzo, 14 de julio de 2014, y 30 de julio de 2015, para que adelantara el cobro de sus

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00271 -02.

Demandante: **MOISÉS SANDOVAL BERNAL.**

Demandado: **PORVENIR S.A. Y OTROS.**

aportes a sus empleadores condenados (fls. 38 a 45 del archivo 01); **vi)** La petición el 01 de junio y 02 de septiembre de 2016 de la pensión de vejez, la que sería respondida negativamente por la entidad, con fundamento en que los empleadores morosos no habían efectuado el pago de los aportes a pensión (fls.44 a 52 del archivo 01); **vii)** Los requerimientos efectuados por PORVENIR S.A. a los empleadores condenados el 22 de septiembre, 20 de diciembre de 2016, 16 de marzo de 2017 (fls. 249 a 259 del archivo 01); **viii)** La comunicación del 27 de junio de 2017, en donde PORVENIR S.A. informa que iniciará los trámites del bono pensional del actor (fls. 266 a 269 del archivo 01); **ix)** La existencia de un proceso ejecutivo iniciado por PORVENIR S.A. contra EXPOCAUCHO LTDA. EN LIQUIDACIÓN y COLMANGUERAS S.A. para lograr el pago de los aportes pensionales a favor del actor, con fecha de mandamiento de pago 14 de septiembre de 2017 (fls.146 a 200 del archivo 01); y **x)** La liquidación provisional del bono pensional por valor de \$45'534.000, con calenda de 09 de diciembre de 2021 (carpeta CD. FOLIO 287).

Pues bien. De conformidad con lo anteriormente narrado, resulta claro que el demandante acreditó los requisitos exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de una garantía de pensión mínima, pues cumplió la edad de 62 años el 07 de abril de 2016, acreditó un total de **1.502** semanas, así: 329 semanas en el I.S.S., 678 en PORVENIR S.A., y 495 semanas en mora por los empleadores EXPOCAUCHO LTDA. EN LIQUIDACIÓN y COLMANGUERAS S.A.

En efecto, de la historia laboral allegada a folios 33 a 36 del archivo 01, se logra colegir que entre el 06 de octubre de 1987 y el 31 de agosto de 1994, el demandante cotizó al I.S.S. **329** semanas; que entre septiembre de 1994 y octubre de 2017, alcanzó **678** semanas cotizadas con PORVENIR S.A.; y adicionalmente que, de marzo de 1996 a mayo de 2004, y julio de 2004 al 15 de noviembre de 2005, hay **495** semanas que no están contabilizados en la historia laboral aludida que fueron objeto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00271 -02.

Demandante: **MOISÉS SANDOVAL BERNAL.**

Demandado: **PORVENIR S.A. Y OTROS.**

de condena frente a los empleadores EXPOCAUCHO LTDA. EN LIQUIDACIÓN y COLMANGUERAS S.A. por existir mora en su pago.

Conforme las probanzas del proceso, los argumentos esgrimidos por la A.F.P demandada en la apelación para negarse a reconocer la pensión de vejez por garantía mínima, esto es, que no puede ser condenada a tener en cuenta aportes no efectuados por empleadores por mora, y que la orden que se debe dar es el pago efectivo de los aportes adeudados para poder incluirlos en la historia laboral no tienen ningún asidero jurídico. Lo anterior, por cuanto en primer lugar no se hace necesario un nuevo pronunciamiento frente a los aportes que deben ser objeto de reconocimiento por parte de los empleadores EXPOCAUCHO LTDA. EN LIQUIDACIÓN y COLMANGUERAS S.A., pues desde el 25 de abril de 2013 existe sentencia en la que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca los condenó a reconocer y pagar los tiempos que en que se encontraban en mora, por lo que, en tal sentido operó el fenómeno de la cosa juzgada; es así como ya existiendo condena en contra de los empleadores aludidos, y en atención a lo dispuesto en la línea jurisprudencial pacífica de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en lo referente al tema de la mora (entre otras, SL234-2020), el fondo privado puede adelantar las correspondientes acciones de cobro para lograr el pago de los aportes que fueron objeto de condena por parte del Tribunal Superior de Cundinamarca, tal y como parece haberlo efectuado según la documental de folios 146 a 200 del archivo 01, más no puede supeditar el reconocimiento de la prestación al recaudo efectivo de las cotizaciones adeudadas pues la Ley la dotó de sendos mecanismos legales para que inicie el trámite coactivo de las mismas sin que deba cargar el afiliado el peso, de las omisiones tanto del empleador moroso, como de la AFP que dilata el inicio de eventuales acciones de cobro.

Ello no puede entenderse de otra manera, por cuanto la falta de reconocimiento de tales tiempos o la falta de cobro por parte de la entidad no puede afectar la posibilidad que tiene el afiliado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00271 -02.

Demandante: **MOISÉS SANDOVAL BERNAL.**

Demandado: **PORVENIR S.A. Y OTROS.**

ni sus beneficiarios, de acceder a una pensión de vejez, de modo que al evidenciarse que se estaba frente a la posibilidad de acceder a tal prestación, lo razonable no es otra cosa que contabilizar tales tiempos, e iniciar los trámites que lograr su reconocimiento.

Sobre el tópico, recuérdese que el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, es claro al establecer en forma perentoria que *“La administradora o la compañía de seguros que tenga a su cargo las pensiones, cualquiera sea la modalidad de pensión, será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima”*, por lo que resulta patente que es el fondo privado en quien recae el deber de gestionar todas las actuaciones necesarias para que se pudiera reconocer a favor de la accionante su prestación con garantía de pensión.

Además, el artículo 2° del Decreto 142 de 2006 que modificó el artículo 9° del Decreto 832 de 1996, dispone que:

“Artículo 9°. Mecanismos de pago de la Pensión Mínima de Vejez en el Régimen de Ahorro Individual. Para efectos del presente decreto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público establecerá mediante resolución, y previa consulta con la Superintendencia Financiera de Colombia, las fórmulas para el cálculo del saldo de una cuenta individual suficiente para cubrir vitaliciamente una pensión mínima, consultando los precios de las pólizas de Renta Vitalicia vigentes en el mercado, el cual se denominará Saldo de Pensión Mínima. Igualmente establecerá las fórmulas para la proyección de saldos de que trata el inciso 3° y, en general, los demás cálculos indispensables para la aplicación del presente artículo.

En desarrollo del artículo 83 de Ley 100 de 1993, cuando la AFP verifique, de acuerdo con los anteriores cálculos, que un afiliado que ha iniciado los trámites necesarios para obtener la pensión de vejez reúne los requisitos para pensionarse contenidos en el artículo 64 de la misma, pero el saldo en su cuenta individual es menor que el Saldo requerido para una Pensión Mínima, incluido el valor del bono y/o título pensional, iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión con cargo a la cuenta de ahorro individual, previo reconocimiento de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del derecho a la garantía de pensión mínima, reconocimiento que se efectuará en un plazo no superior a cuatro (4) meses contados a partir del recibo de la solicitud. En estos casos, la AFP informará a la OBP cuando el saldo de la cuenta individual indique que se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00271 -02.

Demandante: **MOISÉS SANDOVAL BERNAL.**

Demandado: **PORVENIR S.A. Y OTROS.**

agotará en un plazo de un año, con el fin de que tome oportunamente las medidas tendientes a disponer los recursos necesarios para continuar el pago con cargo a dicha garantía”.

Frente al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2735-2020 dijo lo siguiente:

“No sobra precisar que la contribución que realiza el Estado a través de la oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda, es para el asegurado que, como el caso de la actora, no logró acumular el capital suficiente para financiar su pensión de vejez, siendo de responsabilidad de la entidad de seguridad social, como administradora del fondo pensiones del régimen de ahorro individual, el reconocimiento de ésta y no de dicho ente ministerial, pues, se insiste, es por conducto de esta entidad que el Estado aporta lo que hace falta a los asegurados para no ver truncada la garantía de vejez, pues es a eso a lo que se refieren los artículos 64 y 65 de la Ley 100 de 1993, lo que, se repite, no desdice de las funciones que competen al citado Ministerio”.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

VIII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. –.Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00271 -02.

Demandante: **MOISÉS SANDOVAL BERNAL.**

Demandado: **PORVENIR S.A. Y OTROS.**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$650.000 a cargo de PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00414 -01.
Demandante: **LUIS EDUARDO PACHECO NEIRA.**
Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el 02 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS EDUARDO PACHECO NEIRA** promoviese contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la nulidad o la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad, y que su afiliación válida fue la hecha al I.S.S. hoy COLPENSIONES . Como consecuencia de lo anterior, solicita que se retrotraigan los efectos de la afiliación, y en tal sentido trasladar a COLPENSIONES la información y dineros aportados como si el traslado nunca se hubiera realizado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00414 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO PACHECHO NEIRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLFONDOS S.A. (fls. 105 a 107 archivo 01), se allanó a las pretensiones de la demanda, manifestando que la mayoría de los hechos no le constan.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 03), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 02 de marzo de 2022, declarando la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y con esto a la afiliación realizada al actor el 09 de julio de 1996 a COLFONDOS S.A., que el actor actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva a COLPENSIONES; ordenando a COLFONDOS S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del actor a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales, y a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación del actor

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00414 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO PACHECHO NEIRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

al régimen de prima media e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

COLPENSIONES señaló que la decisión afecta económicamente a la entidad, como quiera que se desconoce si el valor de la cuenta de ahorro individual puede cubrir su pensión, pues si se supera la expectativa de vida afectaría la sostenibilidad del sistema; y que respecto de la reinversión de la carga de la prueba hay una desproporción probatoria, pues basta el formulario de afiliación, el que se firmó de forma libre y voluntaria.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora y **COLPENSIONES** para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00414 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO PACHECHO NEIRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) **Sobre el deber de información**, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00414 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO PACHECHO NEIRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

“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.

...Paralelamente, 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 desvirtuarlo el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00414 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO PACHECHO NEIRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

“2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado
(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447 -2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447 -2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00414 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO PACHECHO NEIRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

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.”

e) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413 -2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00414 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO PACHECHO NEIRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217 -2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00414 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO PACHECHO NEIRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 08 de marzo de 1971 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral visible a folios 27 a 31 del archivo 01; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., el 09 de julio de 1996 (fl.20 del archivo 01); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 08 y 17 de abril de 2019 ante COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., respectivamente, la que fue negada por estas entidades (fls. 18, 19 y 39 a 42 del archivo 01).

A folio 20 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 09 de julio de 1996 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado toda la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00414 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO PACHECO NEIRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, pues ni siquiera se solicitó el interrogatorio de parte del demandante para determinar las condiciones en que se efectuó la asesoría para lograr su traslado de régimen pensional.

En este punto, se hace necesario aclarar que con el precedente jurisprudencial anotado no se desconoce lo establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016, puesto que conforme a dicha corporación el principio de la carga de la prueba (*onus probandi*) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos hechos, como lo es cuando los hechos se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas); mismo escenario que argumenta la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para establecer que la carga de la prueba recae en el fondo privado.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor PACHECO NEIRA en el traslado que éste realizó el 09 de julio de 1996, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, se confirmará la ineficacia de traslado que impuso el juez de primera instancia. y, por tanto, tener como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00414 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO PACHECHO NEIRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales – hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior en el que se encontraban antes de la celebración del acto cuestionado (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, COLFONDOS S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421 -2019, rad. 56174 , razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos o intereses, y cuotas de administración, también se encuentran las **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Frente a la **indexación**, recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00414 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO PACHECHO NEIRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688 -2019 Rad. 68838, la pluricitada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen 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*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00414 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO PACHECHO NEIRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689 -2019 y SL687-2021).

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia. No se imponen costas a COLPENSIONES como quiera que no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el R.A.I.S.; igualmente, su negativa de no acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR** el numeral **tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a **COLPENSIONES** con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos o intereses, y cuotas de administración, también se encuentran las **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00414 -01.

Demandante: **LUIS EDUARDO PACHECHO NEIRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

y con destino a seguros previsionales ; rubros que deberán pagarse debidamente indexados.

SEGUNDO. -. CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO.- Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Luis Eduardo Pacheco Neira
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-033-2019-00414-01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en 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, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según 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, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **7581dc7a2ed9c315834ad3c05b3b72f0f6f087ac1cc2e19a5f7581746b6f18fe**

Documento generado en 31/01/2023 09:19:06 AM

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00476 -01
Demandante: **CARLOS ALBERTO PÁEZ MONROY.**
Demandado: **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS ALBERTO PÁEZ MONROY** promoviese contra la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende la indexación de su primera mesada pensional, y como consecuencia de ello, el reconocimiento y pago de las diferencias pensionales a que haya lugar.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta:
1) Nació el 01 de marzo de 1937; **2)** Laboró al servicio de la demandada del 24 de septiembre de 1958 al 30 de septiembre de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00476 -01

Demandante: **CARLOS ALBERTO PÁEZ MONROY.**

Demandado: **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.**

1977; **3)** que el 05 de octubre de 1977 se celebró audiencia de conciliación para dar por terminado de común acuerdo el contrato con la demandada, señalándose que al momento de acreditar 60 años le sería reconocida pensión de jubilación; **4)** Su último cargo fue el de Jefe de Oficina de Evaluación Financiera con una asignación mensual de \$38.933,78; **5)** Se le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución 050 del 21 de agosto de 1997, no obstante, se reconoció sobre el salario mínimo legal; **6)** Inició proceso laboral ante el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, quien ordenó mediante sentencia del 31 de enero de 2003, la indexación de la primera mesada pensional; sin embargo, esta sentencia se revocó por parte del Tribunal Superior de Bogotá el 28 de mayo de 2004; **7)** El 27 de septiembre de 2007 se inició nuevo proceso, en el que el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá declaró la excepción previa de cosa juzgada, decisión que fue confirmada el 12 de marzo de 2009; **8)** En virtud de la sentencia SU-1073 de 2012, solicitó el 21 de marzo de 2013 la indexación de su primera mesada pensional, empero su petición fue negada; y **9)** El 09 de mayo de 2018 elevó nuevamente reclamación administrativa, pero el 27 de junio de 2018, se negó su petición.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS (fls. 94 a 112), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, cosa juzgada, y compensación. Expuso que no está obligada a la indexación de la primera mesada del actor pues la prestación se reconoció por mera liberalidad; que ya hubo un pronunciamiento de fondo por parte del Tribunal Superior de Bogotá a través del que se dispuso su absolución; y que por lo anterior, se configura el fenómeno de la cosa juzgada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 21 de abril de 2022, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió el A Quo, que el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 24 de mayo de 2004 absolvió a la demandada de la pretensión de indexación de primera mesada pensional; que se impetró nueva demanda, en la que el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá declaró la excepción de cosa juzgada, decisión que fue confirmada el 11 de marzo de 2009; que se instauraron tres sentencias de tutela que fueron negadas en su integridad; y que por lo anterior, no sólo existe cosa juzgada dentro del proceso que se adelantó, sino también a nivel constitucional,

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

La **parte actora** expuso, que en virtud de las sentencias SU-120 de 2003, C-862 de 2006, y SU-1073 de 2012, es dable considerar que se está frente a un hecho nuevo, lo que también ha sido avalado por la Corte Suprema de Justicia; que se pasa por alto que se está frente a una prestación de tracto sucesivo, por demás que se estarían vulnerando los derechos fundamentales del actor pues una persona que tiene derecho a 11,5 salarios mínimos, tiene apenas una pensión de un salario mínimo; que la justicia social va más allá de las figuras procesales, debiéndose aplicar principio de favorabilidad; y que no pueden existir diferencias con otros trabajadores a los que sí se les ha reconocido este derecho por vía constitucional, como acaeció en la sentencia T-611 de 2015.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si operó el fenómeno de la cosa juzgada frente a la indexación de primera mesada pensional impetrada por el accionante.

De la indexación de la primera mesada pensional

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 16 de octubre de 2013, Rad. 47709, reiterada en la SL2515-2017, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, consideró: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en

la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad.

“Cabe aclarar que el criterio adoctrinado de la Sala, consistente en que toda pensión, ya sea legal, convencional, voluntaria o extralegal, es susceptible de ser indexada en su base salarial con el fin de establecer el monto de la primera mesada, causada antes o después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no está basado exclusivamente en la sentencia de constitucionalidad C-862 de 2006 que refiere el recurrente, pues en esencia se fundamenta, en los mandatos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, que imponen mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones.

En efecto, esta Sala de Casación mediante la sentencia CSJ SL736-2013, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad”.

Así mismo, la misma corporación estableció, en variada jurisprudencia que, la indexación del salario que sirve de base para el cálculo de las pensiones procede para todas ellas sin importar su naturaleza o fecha de causación (sentencias SL3226-2020 y SL3343-2020, entre otras).

De la cosa juzgada.

Por otra parte, y en lo que respecta a la **cosa juzgada**, es menester indicar que la H. Corte Constitucional en sentencia T - 374 de 2012, señaló que en los casos fallados con posterioridad a las sentencias SU-120 de 2003 y C- 862 de 2006, no era dable predicar identidad de causa, puesto que éstas providencias deben ser consideradas, en el marco de los procesos de indexación de la primera mesada pensional como hechos procedimentales nuevos. Al respecto, dijo:

“Esta Sala no comparte el análisis efectuado por los jueces de segunda instancia y casación en esta oportunidad pues, según lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional reiterada en esta oportunidad, las sentencias SU-120 de 2003 y C-862 de 2006 deben ser consideradas, en el marco de los procesos de Indexación de la primera mesada pensional como hechos procedimentales nuevos, que modifican la causa pretendi, en tanto involucran una solicitud de aplicación directa de la Constitución Política, con base en los argumentos jurídicos o en la ratio decidendi de las sentencias SU-120 de 2003 y C-862 de 2006, de la Sala Plena de este Tribunal”.

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia sobre este tema en particular, en sentencias como la SL13256-2017, SL3276-2019, SL3492-2019, SL979-2019, SL5069-2020, SL3643-2022 por mencionar algunas, acogió la tesis de la H. Corte Constitucional, adoctrinando que en la sentencia de unificación SU-120 de 2003, el Tribunal Constitucional dejó sin efectos varias decisiones proferidas por la justicia ordinaria laboral, en las que se negó el derecho a la actualización del salario base de liquidación de la pensión de jubilación de los accionantes, con fundamento en que (i) el derecho a la indexación de la primera mesada pensional encontraba respaldo directo en la Constitución Política, específicamente en los artículos 48 y 53; (ii) distintas disposiciones del orden jurídico, tales como los artículos 14, 36 y 117 de la Ley 100 de 1993 obligan al reajuste tanto de las pensiones causadas, como de los recursos destinados a atender las prestaciones futuras, mediante la aplicación del índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el DANE; (iii) el artículo 53 de la Carta Política impone a los jueces el deber de interpretar las normas en sentido favorable a los trabajadores; luego, ante la disyuntiva de aplicar o no la actualización, la justicia laboral debía inclinarse por lo primero; y (iv) la indexación es un derecho informado en la igualdad, la equidad y los principios generales del derecho.

Igualmente, refirió el máximo órgano de la Justicia ordinaria en su especialidad laboral que, en la decisión de constitucionalidad C-862 de 2006 al advertirse un déficit de regulación de la indexación de la pensión de jubilación, se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00476 -01

Demandante: **CARLOS ALBERTO PÁEZ MONROY.**

Demandado: **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.**

dispuso declarar exequibles los numerales 1.º y 2.º del artículo 260 del C.S.T, en el entendido que el salario base para la liquidación de la pensión de jubilación de que trata este precepto debía ser actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor IPC certificado por el DANE; que en la sentencia C-891A de 2006, por idénticas razones, se declaró la exequibilidad del artículo 8.º de la Ley 171 de 1961, bajo el entendimiento de que comprende la indexación de los salarios base de liquidación y, en consecuencia, en todos aquellos casos en los cuales la citada norma todavía surta efectos, debía aplicarse el mecanismo de actualización; que en la sentencia SU-1073-2012 se puntualizó que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional es predicable de todas las categorías de pensionados; y que en el fallo de tutela T-183-2012 se evocó el precedente sentado en las sentencias T-014-2008, T-130- 2009 y T-366- 2009, a fin de precisar que para efectos de la configuración de la cosa juzgada, las providencias SU-120-2003, C-862-2006 y C-891A-2006 debían ser consideradas como “hechos nuevos”.

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia señaló que las sentencias SU-1073 de 2012, y SU-131 de 2013, no constituían hechos nuevos, pues allí únicamente se reafirmó el criterio que ya había expuesto anteriormente por la Corte Constitucional al ejercer el control abstracto de constitucionalidad (SL736-2013, SL979-2019, SL3492-2019, y SL5069-2020).

Del caso concreto.

No son objeto de controversia en el proceso, los siguientes hechos: **i)** que el 05 de octubre de 1977, las partes celebraron un acuerdo conciliatorio en el que se dispuso que la demandada reconocería al actor una pensión proporcional de jubilación por el tiempo que laboró a sus servicios – 24 de septiembre de 1958 al 30 de septiembre de 1977-, equivalente a \$30.418,19

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00476 -01

Demandante: **CARLOS ALBERTO PÁEZ MONROY.**

Demandado: **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.**

mensuales, cuando arribara a la edad de 60 años (fls. 31 a 35); **ii)** Al demandante le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución 050 del 21 de agosto de 1997, en cuantía de \$172.005 (fls. 19 y 20); **iii)** La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 28 de mayo de 2004 revocó la sentencia del 31 de enero de 2003 del Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, quien había ordenado la indexación de la primera mesada pensional a favor del actor (fls. 52 a 73); **iv)** El 27 de septiembre de 2007, se presentó demanda ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, quien declaró la excepción de cosa juzgada; decisión que sería confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá mediante providencia del 11 de marzo de 2009 (fls. 93 a 112, y archivo 6 de la carpeta 05); **v)** Mediante sentencia del 05 de noviembre de 2008, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia negó acción de tutela contra la sentencia del 28 de mayo de 2004 por no existir inmediatez (archivo 8 de la carpeta 05); **vi)** A través de la sentencia del 26 de octubre de 2016, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia negó nueva tutela contra la sentencia del 28 de mayo de 2004, aduciendo que había cosa juzgada y cosa juzgada constitucional (archivo 10 de la carpeta 05); **viii)** El 09 de mayo y 12 de junio de 2018, el actor solicitó a la demandada nuevamente la indexación de su primera mesada pensional, peticiones negadas el 27 de junio de 2018 (fls. 75 a 80); y **ix)** El 21 de noviembre de 2018, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, conoció en segunda instancia acción de tutela que fue negada por la Sala de Casación Laboral el 05 de septiembre de 2018 con fundamento en que la sentencia del 24 de mayo de 2004 se ajustó a los parámetros existentes para la época en que fue proferida esta sentencia (archivo 12 de la carpeta 05).

De conformidad con lo anterior, encuentra la Sala que al demandante le fue negada la indexación de su primera mesada pensional mediante sentencia del 28 de mayo de 2004, es decir con anterioridad a la sentencia C-891A-2006, que fue proferida

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00476 -01

Demandante: **CARLOS ALBERTO PÁEZ MONROY.**

Demandado: **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.**

el 01 de noviembre de 2006, de manera que sería dable efectuar un nuevo pronunciamiento frente a tal tópico, sino fuera porque mediante providencia del 27 de septiembre de 2007 el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá determinó a través de excepción previa que había cosa juzgada; decisión que fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 11 de marzo de 2009, y que, por ende, en la actualidad se encuentra debidamente ejecutoriada.

Así mismo, se observa que, mediante sentencias de tutela del 26 de octubre de 2016, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia negó dicha acción al considerar que, contra la sentencia del 28 de mayo de 2004, había cosa juzgada y cosa juzgada constitucional, en los siguientes términos:

“Es importante aclarar que, si bien no se desconoce el avance jurisprudencial y, que se ha reconocido la universalidad del derecho a la indexación de la primera mesada predicable de todas las personas pensionadas, estima pertinente esta Sala, en el caso específico, apartarse de estos precedentes que se profirieron con posterioridad a la data en que se resolvió el juicio ordinario propuesto por el accionante, toda vez que considera que las mismas, no deben ser aplicables a los asuntos similares que fueron debidamente tramitados y definidos «con anterioridad a su expedición», bajo el criterio imperante para ese momento, del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral, como ocurre en el sub lite, ya que de darle tal aplicación, se estarían contrariando valores y principios, sobre los que se estructura el ordenamiento jurídico como son la seguridad jurídica, la cosa juzgada, y la independencia y autonomía de los jueces.

En otras palabras, debe indicarse que el cambio jurisprudencial, en modo alguno puede habilitar el reexamen de las controversias debidamente dilucidadas, ni puede desprenderse de allí la violación de ningún derecho fundamental, simplemente patentiza que las partes deben procurar la defensa de su tesis, a través de las herramientas que el ordenamiento jurídico prevé.

De otro lado, es necesario precisar que al apartarse esta corporación del precedente actual, en el sentido que se señaló, no se incurre en vulneración al derecho a la igualdad, por cuanto el derecho a ser juzgado en igualdad de condiciones, surge respecto de las reglas imperantes para el momento en que se resolvió de fondo el asunto, y no sobre posibles tesis que se den con posterioridad en casos similares.

Aunado a las anteriores consideraciones, en el caso concreto, no solo existe cosa juzgada respecto del proceso ordinario que se adelantó, sino que además se presenta cosa juzgada

constitucional, pues el accionante reconoce que ya había promovido otra acción de tutela, con el fin de «obtener la protección constitucional a sus derechos fundamentales», declaración que fue corroborada una vez se revisó el sistema de gestión de la corte, en el que consta que mediante sentencia T-39784, fechada 20 de enero de 2009, con ponencia del Magistrado «JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA», se resolvió la impugnación que el tutelante presentara contra la sentencia de tutela de primera instancia, observando esta judicatura, que existe identidad de partes, similares hechos e iguales pretensiones y que la misma le fue negada, lo que imposibilita un nuevo pronunciamiento al respecto.

Es de resaltar que el principio de la cosa juzgada, hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso, aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo, está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente, la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay «un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme» y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada. (Sentencia C-543 de 1992)”

De igual manera, en sentencia del 21 de noviembre de 2018, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló que la sentencia del 28 de mayo de 2004 se ajustó a los parámetros existentes para negar la indexación de la primera mesada pensional para la época en que fue proferida esta sentencia.

En consecuencia, no puede la Sala proferir una nueva decisión, pues como quedó visto ya se declaró el fenómeno de la cosa juzgada por parte de la jurisdicción ordinaria el 11 de marzo de 2009, así como por la jurisdicción constitucional el 26 de octubre de 2016 y 21 de noviembre de 2018; por lo que, si bien no se desconoce que fue intención de la H. Corte Constitucional dotar las pensiones de la posibilidad de que fuera actualizadas la primera mesada pensional, incluso frente a procesos en los que ya se había proferido sentencia con anterioridad a la sentencia C-891A-2006, la providencia del 28 de mayo de 2004, en virtud de las decisiones aludidas por parte de esta jurisdicción y de la jurisdicción constitucional en la actualidad goza de definitividad e inmutabilidad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00476 -01
Demandante: **CARLOS ALBERTO PÁEZ MONROY.**
Demandado: **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.**

Por lo brevemente expuesto, se confirmará la sentencia.

VII. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00476 -01

Demandante: **CARLOS ALBERTO PÁEZ MONROY.**

Demandado: **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.**



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00579 -01.

Demandante: **SONIA CORDOBA TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **SONIA CORDOBA TORRES** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PROTECCIÓN S.A. traslade a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00579 -01.

Demandante: **SONIA CORDOBA TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

junto con los rendimientos, y a COLPENSIONES a activar su afiliación.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 100 a 131 del archivo 1), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 152 a 179 del archivo 1), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 21 de abril de 2022, declarando la ineficacia del traslado que del régimen pensional realizó la demandante a Colmena hoy PROTECCIÓN S.A.; ordenando a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00579 -01.

Demandante: **SONIA CORDOBA TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos, así como a reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros, realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante en el sistema de información de administradoras de fondos de pensiones -SIAFP (anulación a través de MANTIS), y entregar a Colpensiones el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la actora en el RAIS; y COLPENSIONES aceptar a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por PROTECCIÓN S.A. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., fijando como como agencias en derecho suma equivalente a un salario mínimo legal mensual.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PROTECCIÓN S.A., expuso que no hay lugar a la condena por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, pues son descuentos que se hacía por mandato legal, se efectúa en ambos regímenes, la actora obtuvo rendimientos por la gestión del fondo, se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, que según concepto de la Superintendencia Financiera sólo es dable devolver aportes y rendimientos, y que frente a dichos valores opera el fenómeno de la prescripción.

COLPENSIONES adujo, que cuando se declara la ineficacia o nulidad de traslado se deben devolver aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, y los descuentos por primas de seguros previsionales y a pensión de garantía mínima.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las demandadas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas Colpensiones.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De la ineficacia del traslado.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00579 -01.

Demandante: **SONIA CORDOBA TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00579 -01.

Demandante: **SONIA CORDOBA TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo

Demandante: **SONIA CORDOBA TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	---	--

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

...Paralelamente, 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 desvirtuarlo 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

“2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...) Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00579 -01.

Demandante: **SONIA CORDOBA TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) 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.”

e) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como

de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00579 -01.

Demandante: **SONIA CORDOBA TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde diciembre de 1988 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 44 a 58 del archivo 2; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Cesantías y Pensiones hoy PROTECCIÓN S.A., el 21 de septiembre de 1994 (fl.38 del archivo 2) y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 27 de abril de 2019 ante COLPENSIONES, quien negó tal pedimento (fl. 19 del archivo 1).

A folio 38 del archivo 2 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 21 de septiembre de 1994 con Cesantías y Pensiones hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00579 -01.

Demandante: **SONIA CORDOBA TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que el asesor le dijo que el I.S.S. se iba a acabar, que podía pensionarse anticipadamente, y que sus aportes en el fondo privado generaría mayores rendimientos; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En igual sentido, se advierte que el interrogatorio de la representante legal de PROTECCIÓN S.A de igual manera es insuficiente para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020:

En este punto, se hace necesario aclarar que con el precedente jurisprudencial anotado no se desconoce lo

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00579 -01.

Demandante: **SONIA CORDOBA TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016, puesto que conforme a dicha corporación el principio de la carga de la prueba (*onus probandi*) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos, como lo es cuando los hechos se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas); mismo escenario que argumenta la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para establecer que la carga de la prueba recae en el fondo privado.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora CORDOBA TORRES en el traslado que ésta realizó el 21 de septiembre de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, se confirmará la ineficacia de traslado que impuso el juez de primera instancia.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior en el que se encontraban antes de la celebración del acto cuestionado (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PROTECCIÓN S.A.,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00579 -01.

Demandante: **SONIA CORDOBA TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral tercero** en el sentido de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PROTECCIÓN S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses, rendimientos, gastos de administración, comisiones y prima de seguros, **los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima**, rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00579 -01.

Demandante: **SONIA CORDOBA TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, se aplica a la **prescripción de los gastos de administración** y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** en el sentido de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PROTECCIÓN S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses, rendimientos, gastos de administración, comisiones y prima de seguros, **los**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00579 -01.

Demandante: **SONIA CORDOBA TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;
rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. -. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. -.Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN
S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los
términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del
Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a
cargo de PROTECCIÓN S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Sonia Córdoba Torres
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**022-2019-00579-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en 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, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según 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, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **f03dc9d22cd49423dce88d549a1d6cca843ab55d35bb6494f5f48ca30120ee16**

Documento generado en 31/01/2023 09:19:08 AM

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.
Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el 14 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la nulidad del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. debe trasladar los aportes junto con los rendimientos a COLPENSIONES, y que esta debe aceptar dicho traslado, así como activar su afiliación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.

Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS (fls. 129 a 146 del archivo 01), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado en régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; ausencia de configuración de causales de nulidad; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al R.A.I.S.; ausencia al falta del deber de asesoría e información; los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante; prescripción; buena fe; y la genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 275 a 302 del archivo 01), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Finalmente, **COLPENSIONES** (fls. 361 a 396 del archivo 01), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.

Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

2.1. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS llamó en garantía a **MAPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, (fls. 403 a 424 del archivo 01), proponiendo frente a este último las excepciones que denominó: frente a la acción material ejercida por la parte demandante, la demandada SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado frente a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y por lo mismo no está obligada a restitución alguna; inexistencia de derecho contractual por parte de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro; inexistencia de seguro; y reconocimiento oficioso de excepciones.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 14 de febrero de 2022, declarando la ineficacia de la afiliación celebrada entre el demandante y PORVENIR S.A., el 20 de septiembre de 1994, así

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.

Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

como la efectuada a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., y que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al R.A.I.S y por tanto que siempre permaneció en el régimen de prima media; condenando a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del C.C. y los gastos de administración; Y ordenando a COLPENSIONES a admitir el traslado del actor; y absolvió del llamamiento en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. Condenó en costas a PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., fijando como como agencias en derecho la suma de \$1'200.000, a razón de \$600.000 por cada una.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A. dijo que no se valoró que con el formulario de afiliación se materializó la afiliación, el que no se trata de una simple formalidad, es un requerimiento legal que se presume lo suscribe una persona capaz; que además siempre se garantizó el derecho de retracto, lo que se garantizó con el comunicado de prensa de 2004; que no es procedente condena por gastos de administración, pues no hacen parte de la pensión, se generaría un enriquecimiento sin causa,

Por su parte, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** señaló que no hay lugar a la devolución de gastos de administración, dado que estos tienen fundamento legal, al momento de trasladarse los recursos al régimen de prima media no se establece que daba devolverse dichos rubros, lo que además encuentra asidero en concepto de la Superintendencia Financiera; que la aseguradora debe responder, pues en cumplimiento del seguro previsional se han pagado unas primas, por lo que, es ésta quien tiene que devolver

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.

Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

dichos rubros, lo que se pagó por ley; y que al declararse la ineficacia automáticamente decae uno de los contratos de seguros, y en consecuencia el asegurador debe devolver las primas percibidas.

Finalmente, **COLPENSIONES** dijo que se dan los requisitos de validez del contrato, pues el actor es capaz y no existe vicio del consentimiento, pues se suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria; que se debe verificar el caso en concreto, pues el actor confesó que conocía las características del R.A.I.S., hizo aportes voluntarios, y trabajaba en el mismo grupo empresarial que generó su afiliación; que aunado a lo anterior, el actor no hizo preguntas, no conoce ni siquiera cual sería el valor de su mesada pensional; y que el actor se encuentra inmerso dentro de la prohibición de traslado, por demás que al 01 de abril de 1994 no contaba con 15 años cotizados.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las demandadas y de la llamada en garantía, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.
Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y si se encuentra a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS el pago de los gastos de administración y primas por seguros previsionales.

De la ineficacia del traslado.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.

Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.

Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

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. (...)."

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

"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.

...Paralelamente, 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 desvirtuarlo 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

"2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.

Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(...) 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.”

e) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.

Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso -y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.

Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 09 de diciembre de 1980 presenta aportes en tal régimen (fls. 191 a 194 del archivo 01); **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Pensiones y Cesantías Colpatria hoy PORVENIR S.A., el 20 de septiembre de 1994 (fls.28 y 29 del archivo 01); **iii)** Se trasladó dentro R.A.I.S. a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS el 10 de julio de 2002 (fl.336 del archivo 01); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 29 de agosto de 2019 ante COLPENSIONES, siendo negada por esta entidad (fls. 56 a 60 del archivo 01).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.

Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

A folio 28 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 20 de septiembre de 1994 con Pensiones y Cesantías Colpatria hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el demandante en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que su traslado se efectuó por cuanto le señalaron que el I.S.S. se iba a acabar, que el fondo privado generaría mejores rendimientos, que podría pensionarse antes en contraste con el régimen de prima media, que hizo aportes voluntarios con SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. pero que tal posibilidad no se la informaron al momento de su traslado con PORVENIR S.A., y que trabajaba en Colpatria como Ingeniero Civil- circunstancia que per se no permite esclarecer que el actor conocía las consecuencia de su traslado-; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para éste, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.

Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que las demandadas, al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor SUÁREZ ARIAS en el traslado que ésta realizó el 20 de septiembre de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, SE CONFIRMARÁ en tal sentido la sentencia.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, bonos, sumas adicionales

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.

Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

con intereses o rendimientos que se hubieren causado, y gastos de administración, **los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que PORVENIR S.A. deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Respecto al **llamamiento en garantía** hecho por SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., y que es objeto de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.

Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

recurso por parte de esta administradora, con el cual busca la mentada A.F.P., se condene a la aseguradora a pagar la condena impuesta frente a la devolución de los gastos de administración, ya que Mapfre recibió una prima pagada por dicha A.F.P., se tiene que, revisado el plenario se evidencia, que a folios 207 a 218 del archivo 01 obran pólizas Nos. 92014070000002 y 9201411900149 cuyo tomador es SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. con un tipo de contrato por seguro previsional de invalidez y sobrevivencia. Al punto, ha de recordar esta Sala que el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 establece:

“Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.”

Lo que implica que las pólizas arriba referidas sólo se activan para cubrir las posibles mesadas que se deriven de las contingencias derivadas por invalidez o muerte, lo que no ocurre en este caso, por lo que la aseguradora no tiene la obligación de cubrir condena alguna derivada de la presente litis.

Adicionalmente, la jurisprudencia pacífica de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debe ser asumida con los recursos propios de las A.F.P. del R.A.I.S., en este caso de PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, por lo que se comparte la decisión proferida por el A Quo en tal sentido.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.

Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS y PORVENIR S.A. No se imponen costas a COLPENSIONES como quiera que no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el R.A.I.S.; igualmente, su negativa de no acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, bonos, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado, y gastos de administración, **los valores descontados para el fondo de**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.

Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

garantía de pensión mínima; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que PORVENIR S.A. deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

TERCERO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

CUARTO. –. Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS y PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00705 -01.
Demandante: **MANUEL GUILLERMO SUÁREZ ARIAS.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

AUTO

Se señalan a cargo de cada una de las demandadas SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, y PORVENIR S.A., como agencias en derecho la suma de \$450.000.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Manuel Guillermo Suárez Arias
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**011-2019-00705-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en 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, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según 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, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **1e10ce41d74e897fc13387d31981676d010e06621656f72e9dbe55622353319f**

Documento generado en 31/01/2023 09:19:08 AM

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00816 -01.

Demandante: **MYRIAM CANO HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver los recursos de apelación interpuesto por las demandadas, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **MYRIAM CANO HERNÁNDEZ** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, COLPENSIONES reciba y afilie a la actora como si nunca se hubiera trasladado, intereses, e indexación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00816 -01.

Demandante: **MYRIAM CANO HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

PORVENIR S.A. (archivo 6), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 8), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 02 de marzo de 2022, declarando la ineficacia del traslado realizado por la actora a PORVENIR S.A., y que la actora actualmente se encuentra afiliada a COLPENSIONES; ordenando a PORVENIR S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales a que hubiere lugar, así como a COLPENSIONES a recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas y activar la afiliación de la actora al RPMPD e integrar

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00816 -01.

Demandante: **MYRIAM CANO HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

en su totalidad la historia laboral de la demandante. Condenó en costas a PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho la suma de 3 SMLMV.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A., expuso frente al deber de información que, está acreditado que suministró una información clara y suficiente a la actora; que no se valoró que el deber de información se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, en donde consta que la afiliación fue libre, espontáneo y sin presiones; que la actora era una persona capaz, gozaba de la garantía del derecho de retracto, y se desconoce la autonomía de su voluntad para obligarse; que no hay lugar a condena por gastos de administración pues se descuentan valores para dicho rubro por mandato legal, no hacen parte de la cuenta de ahorro individual, y se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

COLPENSIONES adujo, que se le puede afectar económicamente, pues con los aportes de la actora no se podría sustentar la pensión que esta podría requerir; que existe una desproporcionalidad en establecer que la carga de la prueba la que se establece en cabeza de la demandada, pues se firmó un formulario de afiliación de manera válida, se pagaron aportes, y no se informó ningún tipo de inconformidad, por lo que hubo actos de relacionamiento; que sólo cuando la actora nota la desproporción entre la pensión en el R.A.I.S. con la de COLPENSIONES, sin embargo, se ataca la afiliación bajo unos argumentos referidos a la falta de información que no se logra comprobar.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00816 -01.

Demandante: **MYRIAM CANO HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por estas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, y de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De la ineficacia del traslado.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00816 -01.

Demandante: **MYRIAM CANO HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le

		conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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. (...)"

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

...Paralelamente, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00816 -01.

Demandante: **MYRIAM CANO HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

“2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(...) 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.”

e) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso -y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Del caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 08 de agosto de 1988 registra aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 39 a 42 del archivo 1; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00816 -01.

Demandante: **MYRIAM CANO HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 04 de mayo de 1999 (fl.85 del archivo 1) y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 21 y 27 de junio de 2019 ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A., quienes negaron tal pedimento (fls. 86 a 92 del archivo 1; y 85 y 86 del archivo 6).

A folio 85 del archivo 1 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 04 de mayo de 1999 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que únicamente indicó que el asesor le dijo que el I.S.S. y Cajanal se iba a acabar, que podía pensionarse anticipadamente y con una pensión mayor, que sus aportes se iban a perder, y que sus aportes en el fondo privado generaría mayores rendimientos; luego, de tales manifestaciones la Sala no encuentra cómo derivar consecuencias adversas para ésta, o que comporten una confesión, mucho menos que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00816 -01.

Demandante: **MYRIAM CANO HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora CANO HERNÁNDEZ en el traslado que ésta realizó el 04 de mayo de 1999, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior en el que se encontraban antes de la celebración del acto cuestionado (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral tercero** en el sentido de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, intereses, rendimientos, bonos pensionales, y gastos de administración, **los descontados para prima de seguros previsionales y fondo de garantía de**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00816 -01.

Demandante: **MYRIAM CANO HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

pensión mínima, rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual. (sentencias SL 638 de 2020 Rad. 70050; SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667),

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, se aplica a la **prescripción de los gastos de administración** y de los porcentajes descontados

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00816 -01.

Demandante: **MYRIAM CANO HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. No se imponen costas a COLPENSIONES como quiera que no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el R.A.I.S.; igualmente, su negativa de no acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral tercero en el sentido de ADICIONAR la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, intereses, rendimientos, bonos pensionales, y gastos de administración, los descontados para prima de seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, rubros que deberán pagarse debidamente indexados.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. – Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00816 -01.

Demandante: **MYRIAM CANO HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Myriam Cano Hernández
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**033-2019-00816-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en 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, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según 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, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **d014c0d83d5199b427fcf745fa2a2817105c0830122ed19aa4a1dc221ecfa47a**

Documento generado en 31/01/2023 09:19:07 AM

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00078 -01
Demandante: **OIDEN RAFAEL LACOUTURE VILLALBA.**
Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar el recurso de apelación impetrado por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de octubre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **OIDEN RAFAEL LACOUTURE VILLABA** promoviese contra **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende los reajustes previstos en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, e indexación.

Como fundamento relevante de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Laboró al servicio de Ferrocarriles Nacionales

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00078 -01

Demandante: **OIDEN RAFAEL LACOUTURE VILLALBA.**

Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

de Colombia como trabajador oficial entre el 12 de enero de 1981 y el 23 de agosto de 1987; **2)** Le fue reconocida pensión de invalidez por parte de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia a partir del 24 de agosto de 1987; **3)** Nunca le fueron aplicados los reajustes de que trata la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992; y **4)** Elevó reclamación administrativa, no obstante, le fue negado los reajustes requeridos.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, buena fe, compensación, y la genérica.

Manifestó que, si bien la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 hacen referencia a reajustes, únicamente lo hacen respecto de pensiones de jubilación.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 11 de octubre de 2021, a través de la cual dictó **sentencia absolutoria.**

Señaló el A Quo que está acreditado que, al accionante, Ferrocarriles Nacionales de Colombia le reconoció una pensión de invalidez convencional, a partir del 23 de agosto de 1987; que tanto la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 hacen alusión expresa a pensiones de jubilación de origen legal reconocidas con anterioridad a 1989; y que la prestación reconocida al actor es de invalidez, por lo que no le sería aplicable la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, por demás que es de origen convencional.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00078 -01
Demandante: **OIDEN RAFAEL LACOUTURE VILLALBA.**
Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA

La **parte actora** expresó que el demandante tiene derecho a los reajustes de que trata la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, como quiera que el actor tiene una pensión reconocida con anterioridad al 01 de enero de 1989, disfrutaba de una pensión del orden nacional, y los reajustes se hicieron por debajo del salario mínimo de la época; que la inexequibilidad del artículo 116 de la Ley 6 de 1992 produjo efectos hacía futuro, de manera que constituye un verdadero derecho adquirido; que el derecho al reajuste pensional no prescribe; que al no reajustarse la pensión se está vulnerando la norma fundamental, en lo que respecta a la posibilidad de que estas mantengan su poder adquisitivo; que el reajuste pensional se ha reconocido sin distinción a la modalidad de pensión, sea vejez; y que se debe tener el precedente reseñado por tales corporaciones.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, admitió el recurso de apelación, y se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es procedente el reajuste de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00078 -01
Demandante: **OIDEN RAFAEL LACOUTURE VILLALBA.**
Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

pensión de invalidez que le fuere conocida al actor, en virtud de lo dispuesto en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992.

DE LOS REAJUSTES DE LA LEY 6 DE 1992.

Con la expedición del artículo 116 de la Ley 6 de 1992, se buscó compensar las diferencias existentes entre las pensiones de jubilación oficiales del orden nacional y los aumentos de salarios producidos en el país. En efecto, la Ley 4 de 1976 había consagrado un sistema de reajuste de pensiones, en principio equivalente a la mitad de la diferencia cuantitativa entre el antiguo y el nuevo salario mínimo legal, más la mitad de porcentaje que representara el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo determinado con arreglo a la Ley; sistema con el que las pensiones perdían su capacidad adquisitiva al no moverse al ritmo de los incrementos en el costo de vida ni de los salarios porque en términos porcentuales los reajustes eran inferiores al aumento en el índice de precios al consumidor y a los porcentajes generales de aumentos de las remuneraciones de los trabajadores.

Ahora bien, para corregir tal escenario, en 1988 el legislador tomar otro patrón de las revalorizaciones pensionales, lo que quedó plasmado en la exposición de motivos de la que posteriormente sería la Ley 71 de dicho año, donde se muestra que se prohijó como referente el incremento en el salario mínimo legal mensual.

Es por ello, que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto en sentencias como las del 22 de agosto de 2002, Rad. 18758, 01 de noviembre de 2011, Rad. 36640, así como en las sentencias SL15775-2014, SL3282-2020, SL3784-2020, y SL4348-2020, que dentro de ese ámbito es que debe entenderse el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, pues con esta lo que se pretendió fue “compensar” de alguna manera el rezago sufrido por las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00078 -01
Demandante: **OIDEN RAFAEL LACOUTURE VILLALBA.**
Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

pensiones de jubilación del sector público nacional con anterioridad al año de 1989 en relación con “los aumentos de salarios” decretados por el Gobierno para dicho sector. Por tanto, con base en la última disposición citada se ordenó un reajuste general automático de las pensiones de jubilación a que se refiere la Ley 6, para aminorar el desfase surgido con ocasión del régimen previsto en la Ley 4 de 1976.

El artículo 116 de la Ley 6 de 1992 establecía lo siguiente:

“ARTICULO 116. Ajuste a pensiones del sector público nacional. Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el gobierno nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1º de enero de 1989.

Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente, y no producirán efecto retroactivo”

Así mismo, el artículo 1 del Decreto 2108 de 1992 consagraba:

“ARTÍCULO 1.º Las pensiones de jubilación del Sector Público del Orden Nacional reconocidas con anterioridad al 1º de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios, serán reajustadas a partir del 1º de enero de 1993, 1994 y 1995 así:

AÑO DE CAUSACIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN % DEL REAJUSTE APLICABLE A PARTIR DEL 1º DE ENERO DEL AÑO	1993	1994	1995
1981 y anteriores 28% distribuidos así:	12,0	12,0	4,0
1982 hasta 1988 14% distribuidos así:	7,0	7,0	-”

Sin embargo, la H. Corte Constitucional mediante la sentencia C-531 de 1995 declaró la inexecutable del artículo 116 de la Ley 6 de 1992, estableciendo que, dicha declaratoria sólo tendría efectos hacia el futuro y que se haría efectiva a partir de la notificación fallo, lo que significaba que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las

pensiones no podían dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido efectivamente realizados al momento de notificarse la sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia.

Así las cosas, pese a la inexecutable del artículo 116 de la Ley 6 de 1992, esta siguió cobijando situaciones anteriores a su inexecutable, siempre y cuando la pensión fuera causada con anterioridad a 1989 y se tratara de una pensión del sector público nacional. Frente a este último aspecto la sentencia del 11 de diciembre de 2003, rad. 22107, reiterada, entre otras, en las sentencias SL15775-2014, SL1361-2015 y SL382-2020, establece:

“ (...) Vistas las normas censuradas, y en especial las expresiones resaltadas en las anteriores transcripciones, es menester anotar que existe total claridad respecto a las pensiones susceptibles de los reajustes allí previstos, esto es, las del orden nacional, sin que puedan, en consecuencia, hacerse extensivos tales incrementos a otros niveles territoriales puesto que de hacerse así se desbordaría el querer del legislador; y siendo claro el tenor de ley, no es dable a su intérprete darle unos alcances distintos o hacerle producir efectos en ámbitos diferentes”.

“(...) De todos modos, no está por demás señalar que de concluirse acerca de la aplicabilidad de tales preceptos, ellos únicamente lo serían respecto de pensiones del orden Nacional, pues así está dispuesto en sus textos, de tal manera que habría que descartar su extensión a los pensionados del ámbito Departamental y Municipal, como es el caso de los demandantes, ello sin perder de vista que tales normas fueron declaradas inconstitucionales por sentencia CC C-531 de la Corte Constitucional, que desde luego no permite entonces su legal aplicación”.

Ahora, y para determinar si le resulta aplicable al actor el reajuste de la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, es necesario recordar que Ferrocarriles Nacionales de Colombia fue creada mediante el Decreto 3129 de 1954, con el objeto de administrar los ferrocarriles de propiedad nacional, sobre una base comercial y a cuyo cargo estará su organización,

administración, desarrollo y mejoramiento. Igualmente, entre sus funciones tenía la de construir mejoras sobre las líneas existentes, así como fábricas, talleres, muelles, puentes, almacenes, estaciones férreas, etc, que fueran útiles para la empresa, y la construcción por sí misma o por delegación, de nuevas líneas férreas.

Igualmente, a través del Decreto 3734 de 1954 se dispuso que, la Empresa denominada Ferrocarriles Nacionales de Colombia, sería una persona jurídica de derecho privado, con capital o patrimonio autónomo, cuyo personal se regiría por las normas legales relativas a los trabajadores particulares. Posteriormente, encontramos que en el Decreto 1252 de 1970, los Ferrocarriles Nacionales de Colombia pasaron a ser una empresa industrial y comercial del Estado, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Obras públicas; y que a través del artículo 7° del Ley 21 de 1988, se ordenó la creación de un fondo para que la Nación, dentro del proceso de estructuración o reorganización de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por la crisis económica y financiera que padecía dicha empresa, asumiera el pago de las pensiones de jubilación, prestaciones sociales, indemnizaciones y sentencias condenatorias laborales, ejecutoriadas o que se ejecutorien a cargo de ésta, motivo por el que mediante Decreto 1586 de 1989, se ordenó la liquidación definitiva de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, se dispuso que del presupuesto general de la nación se apropiarían los recursos para su liquidación, y se creó el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Así las cosas, Ferrocarriles Nacionales de Colombia era una empresa industrial y comercial del estado, calidad que mantuvo hasta la expedición del Decreto 1586 de 1989, siendo liquidada y asumidas sus obligaciones pensionales por el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Naciones de Colombia, la que se constituyó como establecimiento público.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00078 -01
Demandante: **OIDEN RAFAEL LACOUTURE VILLALBA.**
Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

Ahora bien, el artículo 1° del Decreto 3130 de 1968 dispone que son entidades “descentralizadas” del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, y las sociedades de economía mixta.

Sin embargo, recuérdese que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en diversas sentencias, como la SL1081-2014, ha entendido que, las pensiones reconocidas por el Fondo Pasivo de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia no eran reconocidas *“por ninguna entidad pública del orden nacional, ni mucho menos su pago se realiza con recursos del presupuesto nacional”*, ya que, no era dable darles ese carácter de orden nacional, por cuanto no puede confundirse lo que es el *“Presupuesto General de la Nación” con el “Presupuesto Nacional”*, pues el último comprende las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral, y la rama ejecutiva del nivel nacional, con excepción de los establecimientos públicos, las empresas industriales y Comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

En ese orden de ideas, no sería dable tener al Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia como una entidad del orden nacional, criterio que también se avizora en la sentencia SL14501-2017, en la que se dijo expresamente:

“El tema ya ha sido tratado por la Corte en repetidas decisiones, entre ellas está la SL15781 de noviembre 2 de 2016, radicado 71024, en la que se hizo un amplio discernimiento sobre la liquidación de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la apropiación de los recursos para la cobertura de las prestaciones pensionales hacia el futuro. En ella se dijo:

[...] El Decreto 1586 de 1989, emanado del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, ordenó en su artículo 1° la liquidación de la empresa industrial y comercial del estado, Ferrocarriles Nacionales de Colombia; a su vez, el artículo 18 ibídem, ordenó que en el presupuesto General de la Nación se apropiarian los recursos para su liquidación.

Posteriormente, el artículo 7 de la Ley 21 de 1988, dejó a cargo de la Nación el pago de las pensiones de jubilación que estuvieran a cargo de la extinta sociedad, ordenando, para tal efecto, la creación de un Fondo.

Consecuencialmente, el Decreto 1591 de 1989 creó el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia como un establecimiento público de orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Entre sus objetivos estaba pagar las pensiones de los pensionados de los Ferrocarriles Nacionales.

De otro lado, el Decreto 111 de 1996 que se ocupó de compilar el estatuto orgánico del presupuesto nacional, en su artículo 3° definió el presupuesto general de la nación, situándolo en dos niveles. El primero, que es el que interesa, compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos del orden nacional, uno de los cuales es el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales, y por el presupuesto nacional, entendiéndose por este último, el comprendido por las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral y la rama ejecutiva del nivel nacional, exceptuando las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

Vistas así las cosas, no es lo mismo decir que las pensiones de jubilación pagadas por el fondo tantas veces mencionado, se cubran con dineros del presupuesto general de la Nación que con dineros del presupuesto nacional. El primero, es un instrumento financiero macro, esencial en la política fiscal de Estado; y el segundo, es una parte de aquel, que se aprueba por el Congreso de la República y que corresponde a lo definido por el artículo 3 del Decreto 111 de 1996 ya mencionado.

Además, aunque es cierto que la Sala, en la sentencia con radicado 32303 de mayo de 2008, se pronunció en un caso similar, concediendo los reajustes pensionales de que trata el artículo 1 de la Ley 445 de 1998 para personas jubiladas por el Fondo que hoy funge como recurrente, ese criterio fue recogido por medio de la sentencia SL1081 de febrero 5 de 2014, radicado 40333, ratificada posteriormente por la sentencia SL1361 de febrero 11 de 2015, radicado 66402.

Con base en lo anterior, no queda otra solución que indicar que el Tribunal erró en su apreciación jurídica sobre la aplicación del reajuste de la pensión del demandante concediéndole los incrementos pensionales de que trata el artículo 1.° de la Ley 445 de 1998.

Efectivamente, esta pensión no fue reconocida por ninguna entidad pública del orden nacional sino por la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, aunque luego, pasaron a ser pagadas por el fondo recurrente y además, sus pagos no se efectúan con cargo al presupuesto nacional sino, al presupuesto general de la nación". (Negrillas por la Sala).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00078 -01

Demandante: **OIDEN RAFAEL LACOUTURE VILLALBA.**

Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia C-067 de 1999 al examinar la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 445 de 1998, expresó:

“(…) De otra parte, la exclusión de las pensiones a cargo de las entidades descentralizadas tiene idéntico sustento, en cuanto se encuentra una realidad objetiva, cual es la escasez de recursos para atenderla, como lo puso de presente el Gobierno al presentar el proyecto de ley lo aceptaron las cámaras legislativas al rechazar la propuesta sustitutiva de las comisiones permanentes para aplicar esos incrementos a todas la pensiones.

No puede desconocerse que las entidades descentralizadas gozan igualmente de autonomía para su manejo presupuestal y que algunas de ellas tienen a cargo el pago de las pensiones de sus extrabajadores, por lo que imponer un incremento de esas pensiones sin consultar previamente su viabilidad financiera, alteraría de manera importante las condiciones operativas y presupuestales de tales entidades, en detrimento de los mismos pensionados (…).”.

Finalmente, es menester destacar, que la máxima corporación de la Jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en providencia del 09 de febrero de 1998, Rad. 10303 determinó:

“Sin lugar a dudas, los reajustes pensionales previstos de que hablan los arts., 116 de la Ley 68 de 1992, 1, y 2° del Decreto Reglamentario 2108 de 1992., están previstos exclusivamente para las pensiones de jubilación, no para las de invalidez, puesto que, así lo expresan tales normas; de modo que la claridad de los mencionados preceptos impide acudir a otros argumentos como los planteados por la censura”.

DEL CASO CONCRETO.

No existe controversia o está acreditado en juicio que: **i)** Mediante la Resolución 862 del 04 de noviembre de 1987, le fue reconocida pensión de invalidez al actor, con fundamento en la Ley 6 y 53 de 1945, así como en la Convención Colectiva de Trabajo de 1973 (fls. 27 y 28 del archivo 1) **ii)** A través de la Resolución 1749 del 27 de junio de 2000, se reliquidó la prestación para tener en cuenta la inclusión de todos los factores salariales a las que tenía derecho (fls. 57 a 59 del archivo 1); y **iii)** El 30 de junio de 2019 el actor solicitó el reajuste de su pensión de conformidad con la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, siendo negada por el fondo demandado (fls. 21 a 25 del archivo 1).

Pues bien. Efectuado el análisis de rigor, en primer lugar encuentra la Sala que tal y como fuera advertido el A Quo la pensión que se reconoció al demandante es de origen extralegal, no obstante, y como se ha explicado a lo largo de esta providencia, los reajustes de la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 lo que buscó fue compensar las diferencias existentes entre las pensiones de jubilación oficiales del orden nacional y los aumentos de salarios producidos en el país, como quiera que la Ley 4 de 1976 había consagrado un sistema de reajuste de pensiones un sistema con el que las pensiones perdían su capacidad adquisitiva al no moverse al ritmo de los incrementos en el costo de vida ni de los salarios, y que le legislador trató de corregir tal situación, con la Ley 71 de 1988, en donde se buscó tomar como referente para actualizar la pensión el incremento en el salario mínimo legal mensual.

De esta manera, es claro que los presupuestos de la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 estaban dirigidos a pensiones de origen legal, pero no de forma alguna a aquellas que fueron reconocidas convencionalmente.

En suma, la norma se refiere a pensiones de jubilación, no versa de forma alguna sobre pensión de invalidez, por lo que amparada la Sala en lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 09 de febrero de 1998, Rad. 10303, no sería dable su procedencia.

Finalmente, nótese que el Decreto 2108 de 1992 hace mención a que el reajuste de que trata la Ley 6 de 1992 está dirigida a prestación del “orden nacional”, sin embargo, tal y como de dispusiere en sentencia SL14501-2017, la prestación no fue reconocida por ninguna entidad pública del orden nacional sino por la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, quien además no efectúa el pago de la pensión con cargo al presupuesto nacional sino, al presupuesto general de la nación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00078 -01
Demandante: **OIDEN RAFAEL LACOUTURE VILLALBA.**
Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

En consecuencia, se considera que le asiste razón al A Quo,
por lo que, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VI. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de
la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR
DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA
DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha
conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta
decisión.

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los
términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del
Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00078 -01

Demandante: **OIDEN RAFAEL LACOUTURE VILLALBA.**

Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se registre que la actora nunca estuvo afiliada al R.A.I.S., a activar su afiliación en COLPENSIONES, y a actualizar su historia laboral.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Subsidiariamente, el reconocimiento y pago de una indemnización por el engaño sufrido, las diferencias proyectadas a futuro de la prestación económica de vejez que hubiera disfrutado en el régimen de prima media.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (archivo 10), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; y la innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 13), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 09 de diciembre de 2021, declarando la ineficacia del traslado de la demandante de CAJANAL EICE a Horizonte S.A. hoy PORVENIR S. A., realizado en julio 21 de 1995; declarar la ineficacia del traslado horizontal realizado con posterioridad a PORVENIR S.A. el 31 de mayo de 1996, para entender vinculada a la demandante a COLPENSIONES; condenando a PORVENIR S. A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo del traslado de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados; y ordenando a COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros que efectúe PORVENIR S. A., para que proceda a activarla como afiliada como si nunca se hubiese traslado de régimen. Condenó en costas a PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho la suma \$1'800.000.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A., expuso frente al deber de información que para el momento del traslado de la actora, no estaba obligado a brindar documentos como soporte de la asesoría brindada; que el interrogatorio de parte es la única prueba que serviría para acreditar la asesoría, no obstante, es complejo, pues normalmente los afiliados no recuerdan y señala que no fue suministrada; que según Superintendencia Financiera basta el formulario de afiliación para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información; que al existir un traslado horizontal se debe tener en cuenta la existencia de actos de relacionamiento; que los gastos de administración no hacen parte de la cuenta de ahorro individual, están sujetos a prescripción, según Superintendencia Financiera no deben ser devueltos, generaría un enriquecimiento sin causa a favor de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

COLPENSIONES, y se pagan por los rendimientos que se generaron por su labor.

COLPENSIONES por su parte, adujo que se afectó el principio de congruencia, pues en la demanda se señalan las razones por las cuales la parte actora no pudo realizar las cotizaciones efectivas; que en interrogatorio de parte la actora manifestó que le brindaron información respecto de Cajanal, y del régimen de prima media, de modo que, se está frente a un conocimiento informado; y que se debe evaluar el daño antijurídico, pues según el número de semanas, la actora va tener que seguir cotizando más de 10 años.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por estas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De la ineficacia del traslado.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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. (...).”

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

...Paralelamente, 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 desvirtuarlo 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

“2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) 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.”

e) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso -y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Del caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de julio de 1992 registra aportes en tal régimen a través de CAJANAL, según documental obrante a folios 97, 98, 134, y 138 a 144 del archivo 13; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte Pensiones y Cesantías -hoy PORVENIR S.A.-, el 21 de junio de 1995 (fl.97 del archivo 13) **iii)** y que dentro del R.A.I.S. se trasladó a PORVENIR S.A. el 31 de mayo de 1996 (fl.98 del archivo 13) y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 21 de agosto y 22 de octubre de 2019 ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, quienes negaron tal pedimento (fls. 26 a 28 y 40 a 46 del archivo 1).

A folio 97 del archivo 13 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 21 de junio de 1995 con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que del mismo no es viable derivar una confesión, dado que únicamente indicó que el asesor le dijo que CAJANAL se iba a acabar, que podía pensionarse a los 20 años de servicios, y que le harían un acompañamiento al momento de cumplir los requisitos para pensión; luego, de tales manifestaciones, la Sala no puede derivar consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, más aún si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, no encuentra la Sala que en el escrito de la demanda, la accionante hubiese incurrido en algún tipo de confesión respecto del conocimiento del sistema, pues por el contrario de un análisis integral de la misma lo que se colige es un inconformidad por la falta de información, y el engaño del que considera fue objeto.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora CAMACHO FLÓREZ en el traslado que ésta realizó el 21 de junio de 1995, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones–, ello, teniendo en cuenta que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, no es la entidad encargada de recibir aportes o cotizaciones de los servidores públicos afiliados al régimen de prima media, y que la entidad administradora por excelencia del régimen solidario de prima media con prestación definida lo es Colpensiones, pues, en ausencia de la Caja Nacional Previsión Social- CAJANAL es quien debe recibir las cotizaciones de la actora, todo ello conforme la normativa vigente frente al punto: artículo 52 de la ley 100 de 1993; numeral 3° del artículo 1° del Decreto 2527 de 2000; artículo 4 Decreto 2196 de 2009 y artículo 5° del Decreto 1068 de 1995.

Por tanto, y dado que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, no es "la entidad" encargada de recibir aportes o cotizaciones de los servidores públicos afiliados al régimen de prima media, y que la entidad administradora por excelencia del régimen solidario de prima media con prestación definida es el Instituto de Seguros Sociales -I.S.S., es ésta la entidad que en ausencia de la Caja Nacional Previsión Social- CAJANAL debió recibir las cotizaciones de la actora, en caso de declararse la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, escenario que guarda concordancia con la sentencia

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SL1582-2021 proferida por la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, en la que se determinó²:

“De entrada se observa el yerro cometido por el Colegiado al dar por probado que si el actor no cotizó al ISS, no pertenecía al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, comoquiera que la Caja Nacional de Previsión Social, pertenecía a dicho régimen por mandato expreso del artículo 52 de la Ley 100 de 1993, aspecto que por más ya fue resuelto por la Corte en un caso de similar contorno al que ocupa la Sala, donde el trabajador también estaba afiliado a Cajanal, (sentencia CSJ SL, 9 de sep. 2008, radicado 31314), que reiteró la SL, 9 sep. 2008, rad. 31989), en la que se dijo:

Según se advirtió, desde el escrito demandatorio se adujo que la funcionaria de PORVENIR S. A., que realizó las diligencias para que el demandante se trasladara del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, omitió suministrarle las suficientes explicaciones y datos para el efecto, y es éste precisamente uno de los reproches que se hace al sentenciador ad quem, en el cargo que se analiza, y en el cual se tiene en cuenta que es un hecho indiscutido que el demandante nació en el año de 1934, y se corrobora con el registro de folio 11, citado en la acusación; también, que el traslado de régimen de seguridad social se produjo en la fecha anotada, 14 de marzo de 1997, cuando tenía más de 62 años de edad y se había desempeñado durante más de 19 años como servidor oficial en diversas entidades y que luego no alcanzó a sumar 500 semanas, sino solamente 92 en dicho régimen.

Esos datos atinentes a la edad del accionante, nacido en octubre de 1934 y al tiempo de servicios desarrollado en el sector oficial, por 19 años y 6 meses, los suministró el accionante al Fondo de Pensiones demandado, según se lee en los formularios de folios 14 y 20 del expediente, es decir, que la Administradora demandada, admitió una afiliación de una persona en las reseñadas condiciones, sin enterar al interesado de las reales circunstancias pensionales del régimen de ahorro individual y con consecuencias frente a la dejación del de prima media con prestación definida que traía en la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN, amén de ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993”.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior en el que se encontraban antes de la celebración del acto cuestionado (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy

² En igual sentido, revisense las sentencias del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en decisiones del 20 de noviembre de 2014, 10 de noviembre de 2015, 18 de mayo de 2016, 08 de junio de 2016, 08 de junio de 2016, 28 de junio de 2016 y 18 de julio de 2016, entre otros, que corresponden en su orden a las radicaciones números 2014-00228-00, 2015-00121-00, 2016-00042-00, 2016-00048-00, 2016-00071-00, 2016-00076-00 y 2016-00206-00, donde se fijaron las reglas generales de competencia en cabeza de la UGPP y de COLPENSIONES.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo** en el sentido de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de las cotizaciones obligatorias y voluntarias, bonos pensionales, y rendimientos, **los valores descontados por concepto de gastos de administración, prima de seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima**, rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

En este punto, se aclara que si bien no se desconoce que la demandante aún no acredita la cantidad de semanas para ser beneficiaria de una pensión de vejez, no es menos cierto que el acto de traslado no cumplió con las exigencias jurisprudenciales narradas frente al deber de información, por demás que, en interrogatorio de parte, la accionante manifestó que era su deseo retornar en el régimen de prima media por el engaño del que considera fue víctima por parte del fondo privado sin importar la cantidad de semanas que tuviera que cotizar, así como informó

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

tener un acción contra el Estado Colombiano para lograr el pago de sus aportes a pensión, pues señaló que ostentaba la calidad de refugiada en Canadá.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, se aplica a la **prescripción de los gastos de administración** y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. No se imponen costas a COLPENSIONES como quiera que no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el R.A.I.S.; igualmente, su negativa de no acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** en el sentido de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de las cotizaciones obligatorias y voluntarias, bonos pensionales, y rendimientos, **los valores descontados por concepto de gastos de administración, prima de seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima**, rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –.Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00094 -01.

Demandante: **MARTHA CECILIA CAMACHO FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Martha Cecilia Camacho Flórez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**003-2020-00094-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en 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, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según 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, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **35f3d80ef5164d9dc075cf1d2d5199ce4decb874e28c5db3eaf49a71fe3474ff**

Documento generado en 31/01/2023 09:19:09 AM

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00123 -01.

Demandante: **MARÍA DE LOS DOLORES GALINDO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA DE LOS DOLORES GALINDO TORRES** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.; y que para efectos pensionales se encuentra afiliada en COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. devuelva la totalidad del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual junto con sus

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00123 -01.

Demandante: **MARÍA DE LOS DOLORES GALINDO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

frutos e intereses, sumas adicionales, y/o rendimientos a COLPENSIONES.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

PORVENIR S.A. (fls. 70 a 91 del archivo 1), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Por su parte, **COLPENSIONES** (fls. 173 a 205 del archivo 1), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 18 de abril de 2022, declarando la ineficacia del traslado de la actora a PORVENIR S.A.; condenando a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00123 -01.

Demandante: **MARÍA DE LOS DOLORES GALINDO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; y ordenando a COLPENSIONES afiliarse nuevamente a la actora y recibir las cotizaciones provenientes de PORVENIR S.A. Condenó en costas a PORVENIR S.A. fijando como agencias en derecho \$1'000.000.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

COLPENSIONES adujo, que de trasladarse la demandante se está afectando el principio de sostenibilidad financiera, por demás que no se está teniendo en cuenta la prohibición de traslado por faltarle menos de diez años para pensionarse; que la actora se afilió con total autonomía y libertad; que no podía la A.F.P. negarle el traslado a la accionante; y que el inconformismo con la mesada pensional no es una violación a los derechos fundamentales de la actora.

PORVENIR S.A., argumentó, que cumplió con el deber de información para la época, el que no exigía dejar constancias además del formulario de afiliación para el momento del traslado; que sólo fue hasta el Decreto 2241 de 2010 que surgió la obligación de asesoría, tesis que respalda la Superintendencia Financiera; que los requisitos que se le exige a la A.F.P. son muy rigurosos, pues en 1993 no mediaba la obligación de dejar una constancia escritural de la asesoría; que para 1999 se desconocían situaciones futuras para realizar una proyección pensional para determinar el valor de su mesada pensional; que no hay lugar a reconocer gastos de administración, ya que se encontraba el fondo para realizar tal descuento como consecuencia del manejo de los recursos y los rendimientos que se generaron que por demás realizó de buena fe, y que gracias a los descuentos por seguros previsionales se logró cubrir los riesgos de invalidez y muerte.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las demandadas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00123 -01.

Demandante: **MARÍA DE LOS DOLORES GALINDO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de

	Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría, buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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. (...)”.

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

...Paralelamente, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00123 -01.

Demandante: **MARÍA DE LOS DOLORES GALINDO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

“2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00123 -01.

Demandante: **MARÍA DE LOS DOLORES GALINDO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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.”

e) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso -y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00123 -01.

Demandante: **MARÍA DE LOS DOLORES GALINDO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Del caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 22 de febrero de 1993 registra aportes en tal régimen según la historia laboral obrante en expediente administrativo de la carpeta 02; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 15 de septiembre de 1999 (fl.22 del archivo 1) y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 16 de enero de 2020, ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, siendo negado tal pedimento por la primer entidad en mención (fls. 23 a 36 del archivo 1).

A folio 22 del archivo 1 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 15 de septiembre de 1999 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que únicamente indicó que por noticias sabía que el I.S.S. se iba a liquidar y que los aportes se podían perder por la entrada de la nueva ley, y que el asesor no le comunicó que su dinero iría a una cuenta de ahorro individual, y que sus aportes generarían

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00123 -01.

Demandante: **MARÍA DE LOS DOLORES GALINDO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

rendimientos; luego, de tales manifestaciones, la Sala no encuentra cómo derivar consecuencias adversas para ésta, esto es, que entrañen una confesión, mucho menos que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora GALINDO TORRES en el traslado que ésta realizó el 15 de septiembre de 1999, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, se confirmará la ineficacia de traslado que impuso la juez de primera instancia.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior en el que se encontraban antes de la celebración del acto cuestionado (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00123 -01.

Demandante: **MARÍA DE LOS DOLORES GALINDO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual es acertada la condena al establecer que se deben devolver no sólo cotizaciones, sino que también bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en la cuenta de ahorro individual, sin que sea posible descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima

No obstante, no se tuvo presente que dichos rubros deberán pagarse debidamente actualizados pues han estado a pérdida del poder adquisitivo del dinero, por lo que se **MODIFICARÁ el numeral segundo** a fin de que sean pagados debidamente **indexados**; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00123 -01.
Demandante: **MARÍA DE LOS DOLORES GALINDO TORRES.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, se aplica a la **prescripción de los gastos de administración** y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. No se imponen a COLPENSIONES como quiera que no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el R.A.I.S.; igualmente, su negativa de no acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que la totalidad de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberán pagarse debidamente **indexados.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00123 -01.

Demandante: **MARÍA DE LOS DOLORES GALINDO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO. -. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. -.Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María de los Dolores Galindo Torres
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**027-2020-00123-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en 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, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según 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, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **708e9a03b9d2b9f9d51c3793d9f7b7cc382e072b02ec58bae796fd641064f69b**

Documento generado en 31/01/2023 09:19:07 AM

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00256 -01.

Demandante: **RICARDO JOSÉ FERNÁNDEZ ROLDAN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el 01 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **ROCARDO JOSÉ FERNÁNDEZ ROLDAN** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la nulidad por ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A.; y que su afiliación a COLPENSIONES permaneció incólume. Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene el traslado y su afiliación a COLPENSIONES, así como su inscripción en esta como si nunca se hubiera ido del mismo; y que PORVENIR S.A. traslade los aportes, rendimientos, bono

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00256 -01.

Demandante: **RICARDO JOSÉ FERNÁNDEZ ROLDAN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR.**

pensional, semanas de cotización, así como los dineros aportados a COLPENSIONES.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (archivo 02 de la carpeta 08), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Mediante auto del 15 de febrero de 2022 se tuvo por **NO CONTESTADA** la demanda a PORVENIR S.A. (archivo 14).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 01 de marzo de 2022, declarando que el traslado que hizo el actor del régimen de prima media a PORVENIR S.A. es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media, situación que también se predica de las demás afiliaciones; ordenando a PORVENIR S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00256 -01.

Demandante: **RICARDO JOSÉ FERNÁNDEZ ROLDAN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR.**

rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se encontraba afiliada el demandante, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, y a esta a recibir los dineros al cual se ha hecho referencia y que reactive la afiliación del demandante sin solución de continuidad. Condenó en costas a PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$2'000.000.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A. dijo que el demandante al momento del traslado gozaba de plena capacidad para asumir obligaciones, lo que hizo a través del formulario de afiliación, por demás que no se acreditó error, dolo, o fuerza; que del interrogatorio de parte es dable colegir que se brindó información, pues para la época del traslado se exigía el formulario de afiliación, y se brindó una asesoría verbal; que pretenderse exigir una nueva prueba, es obligarlo a lo imposible; y que no es dable devolver gastos de administración y seguros previsionales, ya que, se hacen por mandato legal, se genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, se generaron rendimientos que no se hubieren alcanzado en COLPENSIONES, y el actor estuvo amparado de los riesgos de invalidez y muerte

Por su parte, **COLPENSIONES** dijo que el demandante se encuentra dentro de la prohibición de traslado, pues le faltan menos de diez años para pensionarse; que no se acreditó vicio del consentimiento; que el actor no desplegó ningún tipo de actividad para indagar acerca de las obligaciones que adquirió a raíz del traslado; que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera; y que se deben devolver todas las sumas obrantes que recibió el demandante como consecuencia de su afiliación a PORVENIR S.A.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00256 -01.

Demandante: **RICARDO JOSÉ FERNÁNDEZ ROLDAN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR.**

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De la ineficacia del traslado.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00256 -01.

Demandante: **RICARDO JOSÉ FERNÁNDEZ ROLDAN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR.**

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
-------------------	---	---

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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. (...)"

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

...Paralelamente, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00256 -01.

Demandante: **RICARDO JOSÉ FERNÁNDEZ ROLDAN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR.**

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 desvirtuarlo 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

“2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00256 -01.

Demandante: **RICARDO JOSÉ FERNÁNDEZ ROLDAN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR.**

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.”

e) Respetto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso -y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00256 -01.

Demandante: **RICARDO JOSÉ FERNÁNDEZ ROLDAN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR.**

cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00256 -01.

Demandante: **RICARDO JOSÉ FERNÁNDEZ ROLDAN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR.**

retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Del caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 04 de diciembre de 1979 registra aportes en tal régimen (fls. 10 a 13 del archivo 02 de la carpeta 01); **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., el 26 de noviembre de 1994 (fls.22 del archivo 02 de la carpeta 01); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 26 de diciembre de 2019 ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A., siendo negada por estas entidades tal pedimento (fls. 2 a 9, y 14 a 21 del archivo 02 de la carpeta 01).

A folio 22 del archivo 02 de la carpeta 01, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 26 de noviembre de 1994 con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00256 -01.

Demandante: **RICARDO JOSÉ FERNÁNDEZ ROLDAN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR.**

respecto por el demandante en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que su traslado se efectuó por cuanto le señalaron que el I.S.S. se iba a acabar porque estaba quebrado; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para éste, menos aún, que respalden argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que las demandadas, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor FERNÁNDEZ ROLDAN en el traslado que ésta realizó el 26 de noviembre de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, SE CONFIRMARÁ en tal sentido la sentencia.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00256 -01.

Demandante: **RICARDO JOSÉ FERNÁNDEZ ROLDAN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR.**

de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, rendimientos, comisiones por administración, valores descontados con destino al fondo de garantía de pensión mínima y seguros de previsionales de invalidez y muerte, los valores que hubiere recibido por concepto de **bono pensional**, rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente **indexados**; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00256 -01.

Demandante: **RICARDO JOSÉ FERNÁNDEZ ROLDAN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR.**

financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. No se imponen costas a COLPENSIONES como quiera que no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el R.A.I.S.; igualmente, su negativa de no acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00256 -01.

Demandante: **RICARDO JOSÉ FERNÁNDEZ ROLDAN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, rendimientos, comisiones por administración, valores descontados con destino al fondo de garantía de pensión mínima y seguros de previsionales de invalidez y muerte, los valores que hubiere recibido por concepto de bono pensional; rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00256 -01.

Demandante: **RICARDO JOSÉ FERNÁNDEZ ROLDAN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR.**

AUTO

Se señalan a cargo de cada una de las demandadas PORVENIR S.A., como agencias en derecho la suma de \$450.000.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Ricardo José Fernández Roldán
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**039-2020-00256-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en 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, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según 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, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **a0e4d976b4b080e850e149d69bfdbb28cf70ebbc04bb207672f136a08b4375e9**

Documento generado en 31/01/2023 09:19:06 AM

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00282 -01

Demandante: **ADELA VILLAMIZAR GÓMEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de abril de 2022 dentro del proceso ordinario laboral que **ADELA VILLAMIZAR GÓMEZ** promoviese contra **COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante aspira a que se ordene la reliquidación de su pensión de vejez a partir del 11 de septiembre de 2012, de acuerdo con el Acuerdo 049 de 1990, con una tasa de reemplazo del 90, así como los intereses moratorios.

Como fundamento relevante de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Mediante Resolución GNR 107009 del 23 de mayo de 2013, le fue reconocida pensión de vejez de conformidad

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00282 -01
Demandante: **ADELA VILLAMIZAR GÓMEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

con la Ley 797 de 2003, a partir del 11 de septiembre de 2012, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 73,24%; **2)** Alcanzó 1543 semanas; **3)** Interpuso recurso de reposición, reliquidándose la pensión mediante Resolución GNR 190296 del 28 de mayo de 2014, teniendo en cuenta la Ley 33 de 1985; **4)** El 18 de septiembre de 2015 solicitó la reliquidación de su pensión con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 y una tasa de reemplazo del 90%, no obstante, y si bien se efectuó un reajuste de la mesada pensional, al tenerse en cuenta una tasa de reemplazo del 79,28%, lo fue con la Ley 797 de 2003.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del I.P.C., no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, y la innominada o genérica.

En su defensa argumentó que liquidó la pensión de la demandante de conformidad con la Ley 797 de 2003, y teniendo en cuenta el régimen que le resultaba aplicable, así como el más favorable.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 04 de abril de 2022, a través de la cual dictó **sentencia absolutoria.**

Señaló el A Quo que no existe controversia en cuanto al status de pensionada de la actora, de conformidad con la Ley 797 de 2003; que está acreditada su calidad de beneficiaria del régimen de transición; y que pese a que es dable contabilización de tempos públicos y privados para liquidar la pensión del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00282 -01
Demandante: **ADELA VILLAMIZAR GÓMEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

Acuerdo 049 de 1990, esto sólo se acepta para casos límites, pues previo a la Ley 100 de 1993 existía dispersión de los regímenes pensionales anteriores a esta normatividad.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, admitió el grado jurisdiccional de consulta, y se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por COLPENSIONES para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo del grado jurisdiccional de consulta, al ser la sentencia totalmente adversa a la demandante.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el **problema jurídico a resolver**, se circunscribe a determinar si es procedente reliquidar la pensión del demandante de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta tiempos públicos.

De reliquidación pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990.

El inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición, señalando que frente a las pensiones gobernadas por regímenes anteriores a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, únicamente es dable acudir a ellas, en lo atinente a los requisitos de edad, tiempo o número de semanas cotizadas, y monto, por lo que, las demás situaciones quedaron reguladas por la Ley 100 de 1993.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00282 -01
Demandante: **ADELA VILLAMIZAR GÓMEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

Por tanto, el ingreso base de liquidación o I.B.L. no es uno de los elementos a los que se puede acudir del régimen anterior, de manera que debe ser calculado teniendo en cuenta lo que al respecto dispone la Ley 100 de 1993 y la normatividad que la reglamenta.

Bajo tal entendimiento, se debe calcular el ingreso base de liquidación a las personas que son beneficiarias del régimen de transición, así: a quienes le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el ingreso se establecerá con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hacía falta para pensionarse o el cotizado durante todo el tiempo laboral si este fuere superior, mientras que a quienes le faltaban más de diez años para adquirir el derecho a la misma fecha, dicho ingreso corresponde a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de su pensión o el promedio del ingreso base calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si éste fuera más favorable, siempre que haya cotizado 1250 semanas; criterio que ha sido expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 15 de febrero de 2011, Rad. 43336, 08 de mayo de 2013, Rad. 42529, y 06 de abril de 2016, Rad. 51152; que además ha sido acogido por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.

Sobre el tema puesto a consideración de la Sala, debe decirse que la línea de pensamiento del Órgano de Cierre de esta jurisdicción estuvo asentada por varios años, en el entendido de que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al ISS con las cotizaciones efectivamente efectuadas al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, a efectos de acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. (Véanse en ese sentido, CSJ SL032-2018, y CSJ SL1652-2018)

No obstante, dicha postura recientemente fue abandonada por el órgano de Cierre de esta Jurisdicción, y a través de un nuevo análisis dispuso el actual criterio que permite computar tiempos públicos con lo cotizado al ISS, para efectos de establecer la causación del derecho pensional con base en el citado artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

El argumento de tal postura se fundamenta, básicamente, en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 1° de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, aplicando de dicha normativa lo que tiene que ver con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y tasa de reemplazo; pero lo relacionado con la forma de computar las semanas se regula por lo establecido en el literal f) del artículo 13, parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Al respecto, la providencia CSJ SL1947-2020 rad. 70918, reiterada en la CJ SL1981-2020, expuso lo siguiente:

“De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

[...] En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

[...] Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens (Subrayado fuera del texto).

Sumatoria de tiempos que también procede a efectos de obtener la reliquidación de la pensión de vejez, tal como se dejó expuesto en la decisión CSJ SL2557-2020 rad. 72425, en la cual se expresó:

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

En igual sentido, en la sentencia SL2061-2021 reiteró que:

“Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San

Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens (...).

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión”. (Negrillas por la Sala).

No obstante lo anterior, debe resaltarse que la tesis atrás expuesta se torna improcedente en tratándose de casos en donde la prestación de vejez fue reconocida con base en la Ley 33 de 1985 cuando se reconoció la pensión y aún no se habían cumplido los requisitos del Acuerdo 049 de 1990; no siendo así con la Ley 71 de 1988, como quiera que el requisito de edad es el mismo exigido en el citado Acuerdo 049 de 1990. Al respecto, en sentencia SL3484-2022, se señaló:

“Sin embargo, la reliquidación se torna improcedente cuando la prestación se reconoce inicialmente bajo la Ley 33 de 1985, pero a partir de una fecha en la cual el afiliado no había cumplido aún los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, pues la reliquidación está cimentada en un cambio de régimen y, por ello, para que sea viable deben estar acreditados los requisitos exigidos por ambos regímenes a la fecha del reconocimiento inicial, dado que no existe disposición legal que permita acceder a una pensión de forma temporal y hasta que se cumplan los requisitos consagrados en otra normativa.

De esta manera, si se accede inicialmente al reconocimiento pensional bajo la Ley 33 de 1985 sin el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, la reliquidación posterior resultaría contraria a derecho, porque al pensionado ya le fueron canceladas las mesadas pensionales que se causaron bajo el régimen inicial, las cuales, de efectuarse la reliquidación, quedaría sin soporte legal su reconocimiento, pero, además, cualquier mecanismo de devolución, retorno o descuento a futuro de lo ya cancelado, distorsiona la aplicación efectiva del régimen de transición y pone en riesgo el funcionamiento del régimen de prima media con prestación definida.

De la misma manera, conviene advertir que diferente es la situación para las personas que inicialmente acceden a la

prestación bajo la Ley 33 de 1985, pero cumplen los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, situación que suele coincidir en el caso de las mujeres porque en ambos regímenes la edad es de 55 años y, tratándose de hombres, cuando por cualquier circunstancia no se pensionan sino hasta los 60 años o con posterioridad, eventos en los cuales sí es viable la reliquidación en comento, ya que no se han cancelado mesadas pensionales en períodos anteriores.

En la misma línea, los pensionados que en virtud de la transición accedieron al derecho bajo la Ley 71 de 1988, también son destinatarios de la reliquidación de la pensión en los términos del Acuerdo 049 de 1990, pues las edades tanto de las mujeres como de los hombres son idénticas en los dos regímenes, 55 años para ellas y 60 años en el caso de los hombres, razón por la cual, la reliquidación se hace posible por no haberse recibido mesadas pensionales anteriores a la fecha en que se ordena la reliquidación”.

Del caso concreto.

No son motivo de controversia y se encuentran acreditados en el juicio los hechos relativos a: **i)** El nacimiento de la actora el 11 de septiembre de 1957 (fl. 11 del archivo 1) **ii)** su calidad de beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de Ley 100 de 1993; **iii)** El reconocimiento a la misma de una pensión de conformidad con la Ley 797 de 2003, a partir del 11 de septiembre de 2012, en cuantía de \$1'042.442 mediante Resolución GNR 107009 del 23 de mayo de 2013 (fls. 20 a 27 del archivo 1); y **iv)** La reliquidación de la pensión de la actora a través de la Resolución GNR 190296 del 28 de mayo de 2014, con fundamento en la Ley 33 de 1985 en cuantía de \$1'067.426, a partir del 11 de septiembre de 2012, así como un nuevo reajuste en virtud de la solicitud del 18 de septiembre de 2015, mediante Resolución GNR 349373 del 05 de noviembre de 2015, teniendo en cuenta la Ley 797 de 2003, una mesada de \$1'096.883 y una tasa de reemplazo del 79,28% (fls. 12 a 19 del archivo 1).

Pues bien. Efectuado el análisis de rigor, en primer lugar encuentra la Sala que no existe controversia en cuanto a la calidad de beneficiaria del régimen de transición de la demandante, pues le fue reconocida una pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985 que posteriormente sería reajustada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00282 -01
Demandante: **ADELA VILLAMIZAR GÓMEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

mediante la Resolución GNR 349373 del 05 de noviembre de 2015, teniendo en cuenta la Ley 797 de 2003 (fls. 12 a 19 del archivo 1).

Por otra parte, se avizora que según la Resolución GNR 107009 del 23 de mayo de 2013, (fls. 20 a 27 del archivo 1), se reconoció la pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003 a partir del 11 de septiembre de 2012, data que se mantendría en las Resoluciones GNR 190296 de 2014 y GNR 349373 de 2015, en las que se liquidaría la pensión con la Ley 33 de 1985 y la Ley 797 de 2003, respectivamente (fls. 12 a 19 del archivo 1) Así que se procede a verificar si al 11 de septiembre de 2012, la parte actora acreditaba los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, para lo cual se tendrá en cuenta que según lo establecido en las sentencias SL1947-2020 y SL1981-2020, es dable contabilizar tiempos públicos y privados para el reconocimiento de una pensión bajo tal régimen.

De esta manera se tiene que la actora acredita los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 al 11 de septiembre de 2012, puesto que nació el 11 de septiembre de 1957, por lo que, la edad de 55 años, la cumplió el mismo 11 de septiembre de 2012, así como que acumulaba más de 1000 semanas, pues a tal data tenía 1729 semanas; resaltando que su régimen de transición fue extendido hasta el 2014 según se extrae de la Resolución GNR 190296 del 28 de mayo de 2014 obrante en la carpeta 11.

Así las cosas, resulta viable reliquidar la prestación de la accionante, advirtiendo desde ya que no fue objeto de controversia el I.B.L., pues COLPENSIONES lo liquidó incluyendo tiempos públicos, si se tiene en cuenta que la prestación se reconoció de conformidad con la Ley 797 de 2003, en el último reconocimiento pensional efectuado, esto es, el que se realizó a través de la Resolución GNR 349373 del 05 de noviembre de 2015.

Por tanto, y como quiera que el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 establece que quien acredite más de 1250 semanas, se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00282 -01
Demandante: **ADELA VILLAMIZAR GÓMEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

debe reconocer la prestación con una tasa de reemplazo del 90%, se accederá al reajuste pensional teniendo en cuenta tal tasa. Por ende, y dado que el I.B.L. fijado para el 11 de septiembre de 2012 es la suma de \$1'383.556 (fls. 12 a 19 del archivo 1), el que se reitera no fue objeto de discusión, se tiene que el valor de la mesada pensional a dicha calenda equivale a **\$1'245.200,40.**

Por lo dicho, se **REVOCARÁ** la sentencia, para en su lugar DECLARAR que la señora Adela Villamizar Gómez tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, al ser beneficiario del régimen de transición, el Acuerdo 049 de 1990, y de una tasa de reemplazo del 90%, por lo que su mesada a partir del 11 de septiembre de 2012, corresponde a la suma de **\$1'245.200,40;** y se procede a estudiar si operó el fenómeno prescriptivo y si hay lugar al pago de intereses moratorios o indexación.

Prescripción.

El artículo 151 del C.P.T y de la S.S dispone que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible; y que el simple reclamo escrito sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En el plenario se tiene que la pensión fue reconocida mediante Resolución GNR 107009 del 23 de mayo de 2013, y que la activa elevó reclamación de reliquidación el 18 de septiembre de 2015, por lo que el término estuvo interrumpido hasta que se profirió respuesta mediante la Resolución GNR 349373 del 05 de noviembre de 2015, notificada el 13 del mismo mes y año, siendo entonces que, a partir de dicha fecha inició el conteo del término prescriptivo debiéndose demandar a más tardar el 13 de noviembre de 2018, lo que no ocurrió, si se tiene en cuenta que la demanda sólo se presentó el **24 de julio de 2020** (archivo 2).

Por tanto, se tendrá como fecha para contabilizar la prescripción el 24 de julio de 2020 y por ende, se encuentran prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 24 de julio de 2017, y así se declarará; téngase como mesada a tal fecha la suma de **\$1'521.878,30**, según las siguientes operaciones de rigor:

MESADA		
AÑO	REAJUSTE	MESADA
2012	2,44%	\$ 1.245.200,40
2013	1,94%	\$ 1.275.583,29
2014	3,66%	\$ 1.300.329,61
2015	6,77%	\$ 1.347.921,67
2016	5,75%	\$ 1.439.163,69
2017		\$ 1.521.878,30

Intereses moratorios e indexación.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que los intereses moratorios resultan aplicables a las pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, así como para las de transición a cargo del I.S.S. en el régimen de prima media con prestación definida (sentencias del 24 de mayo de 2007, y 04 de julio de 2018, Rads. 30325, y SL2000-2018, respectivamente); incluso, la misma Corporación, en sentencia SL1681-2020, reexaminó el tema y consideró que los referidos intereses no solamente operan en relación con las pensiones otorgadas exclusivamente en virtud de la nueva ley de seguridad social, sino frente a todas las prestaciones concedidas en aplicación de normas anteriores y en sujeción al régimen de transición.

Por otra parte, la misma corporación ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00282 -01
Demandante: **ADELA VILLAMIZAR GÓMEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

De igual manera, en la sentencia SL3130-2020 se sentó un nuevo criterio frente a la procedencia de los intereses moratorios cuando se está frente a un reajuste o reliquidación pensional, señalando que *“los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente.”*

En el caso específico del reconocimiento pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta aportes públicos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL1689-2019, SL4480-2020, SL4811-2020, y SL2071-2021, señaló que no proceden cuando el reconocimiento de la pensión obedece al cambio de criterio jurisprudencial ocurrido con posterioridad a la reclamación, supuesto que ocurre en el caso de estudio, puesto que la reclamación data del 13 de noviembre de 2015 y el cambio jurisprudencial se presentó con la sentencia SL1947-2020 que data del 01 de julio de 2020.

De conformidad con lo dicho, se considera que no hay lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios, no obstante, y dado que las diferencias pensionales se han visto sometidas a depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero se ordenara su pago **debidamente indexado.**

Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se dispone:

A. DECLARAR que la señora Adela Villamizar Gómez tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, al ser beneficiario del régimen de transición, el Acuerdo 049 de 1990, y de una tasa de reemplazo del 90%, por lo que su mesada a partir del 11 de septiembre de 2012, corresponde a la suma de **\$1'245.200,40.**

B. DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRICIÓN frente a las mesadas causadas con anterioridad al 24 de julio de 2017.

C. CONDENAR a COLPENSIONES a la reliquidación de la pensión de vejez de la señora Adela Villamizar Gómez, teniendo como valor de la mesada **\$1'521.878,30**, a partir del 24 de julio de 2017. En consecuencia, efectúense los reajustes de las mesadas año a año teniendo en cuenta el anterior valor, y páguese las diferencias que surjan entre valor inicialmente reconocido y la mesada reajustada.

D. CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar las diferencias que surjan entre valor inicialmente reconocido y la mesada reajustada, **debidamente indexado.**

E. ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00282 -01

Demandante: **ADELA VILLAMIZAR GÓMEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

SEGUNDO - Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Salvo voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de COLPENSIONES.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: ADELA VILLAMIZAR GÓMEZ
Demandada: Colpensiones
Radicación: 11001-31-05-**037-2020-00282-01**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que me aparto de la adoptada, toda vez que, como lo he expresado en oportunidades anteriores, me aparto de las consideraciones y criterio expuesto en torno a la posibilidad de acumular tiempos de servicio en el sector público sin cotización al ISS, hoy Colpensiones, con aportes efectuados a esa entidad, con el fin de acreditar las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en aplicación del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, por cuanto considero que esa sumatoria o acumulación en general resulta improcedente, si de aplicar el citado reglamento del ISS se trata, con independencia de que se le haga producir efectos de manera directa, como en el caso se pretendía, o por virtud del régimen de transición; en este último evento, respecto del que disiento del cambio de criterio adoptado recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL1947-2020), el que por demás está indicar, en la actualidad no cuenta con mayoría; y, comparto los argumentos de los magistrados que se apartaron de manera categórica de ese cambio jurisprudencial.

Al respecto, considero que si el régimen de transición remite a la legislación aplicable antes de la vigencia del sistema pensional contenido en la Ley 100 de 1993, en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión, ha de atenderse justamente a lo previsto por esa normatividad, para verificar la forma en la que se cumplen esos supuestos, y en el caso del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, ninguna de sus disposiciones permite la sumatoria de tiempos de servicio público no cotizados al ISS, ni de aquellos sufragados en otras cajas de previsión social, con los que fueron efectivamente cotizados al Instituto, por el contrario, el art. 12 del Acuerdo establece como requisito para acceder a la pensión de vejez, un mínimo de **semanas de cotización** que deben ser **pagadas** o **sufragadas** en los lapsos allí referidos, lo que permite fácilmente concluir que se excluyen allí los tiempos de servicios no cotizados a la entidad.

Así mismo, en mi sentir resulta de suma relevancia que el referido acuerdo fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, con la

finalidad de regular exclusivamente las prestaciones reconocidas por el ISS, en las condiciones previstas en ese reglamento, esto es, en virtud de los aportes realizados a la entidad, con la tasa de reemplazo y el ingreso base de liquidación que estaba acorde con el funcionamiento de ese régimen pensional, sin prever o permitir la acumulación de tiempos, que se encontraba ya regulada por la Ley 71 de 1988, aplicable también en virtud del régimen de transición.

Finalmente, insisto en que me sumo a los planteamientos expuestos en los salvamentos de voto con los que cuenta el citado cambio de criterio (CSJ SL1947-2020), en particular lo expuesto por los H. Magistrados Dr. Fernando Castillo Cadena y Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán (qepd), último del que me permito citar en adición a lo expuesto, la siguiente consideración que comparto en su integridad, como razón aneja para apartarme de manera razonada y justificada del nuevo criterio jurisprudencial:

“No menos importante resulta advertir, que esa ampliación o extensión de las posibilidades de aplicación del régimen de transición, no se acompasa con la finalidad del mismo, esto es, la protección de las expectativas pensionales de quienes se encontraban en camino de construcción de su pensión, pues las llamadas a ser protegidas eran aquellas que conforme a esa normatividad que les era aplicable antes del tránsito legislativo, les permitirían el reconocimiento de una pensión de vejez por el cumplimiento de los requisitos allí previstos, y en este sentido, si no se contemplaba la sumatoria de esos tiempos en el régimen respectivo, y en consecuencia, no podían acceder así a las prestaciones pensionales, no existe ahora ninguna razón para que en virtud del régimen de transición sí sea posible.

Y es que, en ese escenario, no solo se mantendrían las condiciones pensionales anteriores, sino que se convertirían tales prerrogativas en una nueva modalidad de prestación, más benévola que las que venían rigiendo, creándose con ello un nuevo régimen, lo que a su vez contraría algunas de las finalidades con las que se instituyó el nuevo sistema pensional, que justamente pretendió unificar los múltiples regímenes existentes, procurando entre otros, lograr igualdad en las condiciones de acceso a las prestaciones del sistema, así como mayor cobertura y su sostenibilidad financiera, y en vez de ello, con el nuevo criterio, se estarían perpetuando, y aun incrementando, las desigualdades que venían rigiendo con anterioridad”.

En consecuencia, considero que no hay lugar a la referida sumatoria para determinar el derecho pensional y sus condiciones de reconocimiento, en aplicación del régimen de transición que remite al A.049 de 1990, ni han de tenerse en cuenta los periodos laborados en el sector público sin cotización, para ningún efecto, lo que incluye el cálculo del ingreso base de liquidación y el monto pensional, ni a modificar el valor de la prestación por esa causa.

Hasta acá, el planteamiento de mi salvamento parcial de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **8365e56e9462db96808a703919583ce8de767d94ccc6838bc99a491f9614f3a9**

Documento generado en 31/01/2023 09:19:05 AM

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2021-00195 -01.

Demandante: **JORGE ALBERTO ZAPATA BOTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A., así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **JORGE ALBERTO ZAPATA BOTERO** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la nulidad o la ineficacia del traslado, y en subsidio, la inexistencia de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., y que siempre ha permanecido en el régimen de prima media. Como consecuencia de lo anterior, solicita que la devolución de todos los valores que recibió PROTECCIÓN S.A. tales como bonos,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2021-00195 -01.

Demandante: **JORGE ALBERTO ZAPATA BOTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos, gastos por pólizas de invalidez y muerte, gastos de administración, y gastos adicionales; y que COLPENSIONES reactive la afiliación y reciba los valores provenientes del fondo privado.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (archivo 05), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 08), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La A Quo dictó sentencia condenatoria el 17 de febrero de 2022, declarando la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; condenando a PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, y a COLPENSIONES a aceptar dicha transferencia y a contabilizar para todos los efectos pensionales

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2021-00195 -01.
Demandante: **JORGE ALBERTO ZAPATA BOTERO.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

las semanas cotizadas por el demandante. Se condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., fijándose como agencias en derecho la suma de \$1'000.000.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PROTECCIÓN S.A. señaló que no hay lugar a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, como quiera que durante el tiempo que el actor estuvo afiliado al fondo, se realizó una excelente gestión de sus aportes, lo que se evidencia en los altos rendimientos generados; que de condenarse al traslado sería desconocer su gestión, las restituciones mutuas, se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, se efectúan por mandato legal, no hacen parte de la cuenta de ahorro individual, el actor tuvo cobertura de los siniestros de invalidez y muerte, y no está vinculada la aseguradora, tercero que se vería afectada con esta decisión.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De la ineficacia del traslado.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2021-00195 -01.

Demandante: **JORGE ALBERTO ZAPATA BOTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2021-00195 -01.

Demandante: **JORGE ALBERTO ZAPATA BOTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

(...)"

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

...Paralelamente, 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 desvirtuarlo 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

“2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2021-00195 -01.

Demandante: **JORGE ALBERTO ZAPATA BOTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) 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.”

e) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso -y no

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2021-00195 -01.

Demandante: **JORGE ALBERTO ZAPATA BOTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2021-00195 -01.

Demandante: **JORGE ALBERTO ZAPATA BOTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Del caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de marzo de 1986 registra aportes en tal régimen, según la historia laboral visible a folios 73 a 82 del archivo 01; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., el 03 de junio de 1994 (fl.45 del archivo 08); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 05 y 08 de febrero de 2021 ante PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, la que fue negada por estas entidades (fls. 35 a 46 y 59 a 72 del archivo 01).

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2021-00195 -01.

Demandante: **JORGE ALBERTO ZAPATA BOTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el demandante en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que indicó que sus aportes a pensión harían parte de un bono pensional, no obstante, señaló que no le hablaron que sus aportes y rendimientos constituirían su cuenta de ahorro individual, que desconocía que sus beneficiarios podían reclamar sus aportes, y que no le hablaron del beneficio de la pensión de garantía mínima; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor ZAPATA BOTERO en el traslado que éste realizó el 03 de junio de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, se confirmará la ineficacia de traslado que impuso la juez de primera instancia.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior en el que se encontraban antes

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2021-00195 -01.

Demandante: **JORGE ALBERTO ZAPATA BOTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

de la celebración del acto cuestionado (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, rendimientos, y cuotas de administración, también se encuentran los **bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Frente a la **indexación**, recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2021-00195 -01.

Demandante: **JORGE ALBERTO ZAPATA BOTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

financiera, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, se aplica a la **prescripción de los gastos de administración** y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2021-00195 -01.

Demandante: **JORGE ALBERTO ZAPATA BOTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

**SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA
SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, rendimientos, y cuotas de administración, también se encuentran los **bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO.– Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2021-00195 -01.

Demandante: **JORGE ALBERTO ZAPATA BOTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan a cargo de PROTECCIÓN S.A., como agencias en derecho la suma de \$450.000.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Jorge Alberto Zapata Botero
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**026-2021-00195-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en 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, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según 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, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **17f205922ed13383d44ea798ab5e52774a651ce2028051fdf5b949b5210bf087**

Documento generado en 31/01/2023 09:19:08 AM

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00321 -01.

Demandante: **MARTHA CRISTINA PRIETO ACOSTA**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el 10 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **MARTHA CRISTINA PRIETO ACOSTA** promoviese contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la nulidad y, en subsidio, la ineficacia del traslado que realizó a COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que COLFONDOS S.A. restituya a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, cuotas de administración, así como cualquier otro concepto; que COLPENSIONES reciba a la demandante; y perjuicios morales.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00321 -01.

Demandante: **MARTHA CRISTINA PRIETO ACOSTA**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLFONDOS S.A. (archivo 16), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las 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 S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 22), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción judicial, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 10 de marzo de 2022, declarando la ineficacia del traslado efectuado por la actora a COLFONDOS S.A. y como consecuencia de ello, que este traslade a COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00321 -01.

Demandante: **MARTHA CRISTINA PRIETO ACOSTA**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; condenando a COLFONDOS S.A a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta permaneció afiliada en el fondo privado, y a COLPENSIONES a volver a afiliarse a la actora al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a COLFONDOS S.A. Condenó en costas a COLFONDOS S.A., señalando como agencias en derecho, \$1.000.000.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

COLPENSIONES señaló que la decisión contraria el principio de sostenibilidad financiera, pues desquebraja el funcionamiento del sistema al imponerle obligaciones que debería tener pues el demandante no efectuó aportes con los que se pudiera efectuar el reconocimiento pensional; y que en caso de que resulten menores los valores que se deben trasladar a COLPENSIONES, se debe efectuar el correspondiente cálculo de rentabilidad.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las demandadas para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00321 -01.

Demandante: **MARTHA CRISTINA PRIETO ACOSTA**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De la ineficacia del traslado.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00321 -01.

Demandante: **MARTHA CRISTINA PRIETO ACOSTA**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00321 -01.

Demandante: **MARTHA CRISTINA PRIETO ACOSTA**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

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. (...)"

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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.

...Paralelamente, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00321 -01.

Demandante: **MARTHA CRISTINA PRIETO ACOSTA**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

“2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(...) 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.”

e) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00321 -01.

Demandante: **MARTHA CRISTINA PRIETO ACOSTA**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso -y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00321 -01.

Demandante: **MARTHA CRISTINA PRIETO ACOSTA**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 28 de agosto de 1990 registra aportes en tal régimen, según la historia laboral visible en el archivo 25; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., el 18 de agosto de 1999 (fl.3 del archivo 03); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 15 y 21 de junio de 2021 ante COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, la que fue negada por la última entidad en mención (fls. 8 a 25 del archivo 03).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00321 -01.

Demandante: **MARTHA CRISTINA PRIETO ACOSTA**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

A folio 3 del archivo 03 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 18 de agosto de 1999 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado toda la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la demandante en su interrogatorio de parte, pues del mismo no se deriva confesión alguna, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora PRIETO ACOSTA en el traslado que éste realizó el 18 de agosto de 1999, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00321 -01.

Demandante: **MARTHA CRISTINA PRIETO ACOSTA**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, se confirmará la ineficacia de traslado que impuso el juez de primera instancia. y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior en el que se encontraban antes de la celebración del acto cuestionado (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, COLFONDOS S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ los numerales primero y segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de aportes, frutos e intereses junto con sus rendimientos, y gastos de administración, también se encuentran los **bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00321 -01.

Demandante: **MARTHA CRISTINA PRIETO ACOSTA**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

No se impondrá el cálculo de rentabilidad solicitado en la impugnación, pues no estamos frente a un mero traslado, en el que se haría únicamente el traslado de aportes y rendimientos, por el contrario, y como quedo visto la consecuencia lo que se declaró fue la “ineficacia del traslado”, lo que conlleva a que las cosas sean restituidas al estado anterior en el que se encontraban antes de la celebración de tal acto, por lo que mal se haría en solicitar a la parte actora un cálculo de rentabilidad de los dineros que harían falta para financiar su pensión, cuando se parte de la premisa que nunca estuvo en el R.A.I.S.

Frente a la **indexación**, recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00321 -01.

Demandante: **MARTHA CRISTINA PRIETO ACOSTA**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, se aplica a la **prescripción de los gastos de administración** y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia. No se imponen costas a COLPENSIONES como quiera que no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el R.A.I.S.; igualmente, su negativa de no acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00321 -01.

Demandante: **MARTHA CRISTINA PRIETO ACOSTA**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR los numerales primero y segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de aportes, frutos e intereses junto con sus rendimientos, y gastos de administración, también se encuentran los **bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –.Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00321 -01.

Demandante: **MARTHA CRISTINA PRIETO ACOSTA**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de COLFONDOS S.A.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra Henao Palacio', is centered on the page.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Martha Cristina Prieto Acosta
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**035-2021-00321-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en 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, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según 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, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **7157063e27d6a46cb77b75c074c192a67169db3b99b87e866c184b8c7ecfeec5**

Documento generado en 31/01/2023 09:19:07 AM

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