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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **009 2020 00007** 01
DEMANDANTE: LUIS DANIEL FORERO QUINTERO
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.

Bogotá DC, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 5 de octubre de 2022, por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la nulidad de su traslado y de la afiliación en pensiones que efectuó a la AFP Porvenir, por cuanto estuvo viciada de error y dolo, y por falta del deber de información, asesoría y buen consejo; que se ordene a la AFP trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones; de igual forma que la AFP Porvenir SA debe pagar los perjuicios morales causados de conformidad con lo establecido en el art. 16 de la Ley 446 de 1998; se condene en costas; y que, como consecuencia de ello, pueda solicitar el reconocimiento de su pensión de vejez de conformidad con el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (págs. 41 y 42, arch. 1, C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 6 de junio de 1962; estuvo vinculado al RPMPD por el Seguro Social hoy

Colpensiones donde cotizó desde marzo de 1986 hasta abril de 19871 [*sic*] con la Secretaría de Salud Distrital; desde marzo de 1987 hasta mayo de 1991 con la Clínica Palermo; y por último desde julio de 1995 hasta julio de 2001 con el Hospital San Rafael de Fusagasugá; que para agosto de 2001 cotizó en la AFP Porvenir SA hasta julio de 2008.

De igual forma, indicó que el asesor de dicho fondo le informó al momento de su trasladó que; tendría un monto mayor en el valor de la pensión; se podía pensionar a la edad que deseara; podía solicitar la devolución de sus aportes cuando quisiera; que el Seguro Social no era viable y se iba a quebrar; no obstante, se le omitió información sobre las ventajas y desventajas de dichos regímenes; no se le informó que tendría derecho a una pensión de vejez a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado le permitirá obtener una pensión mensual superior al 110% del SMMLV; que si no contaba con el régimen de transición, su pensión se liquidaría con el sistema general contenido en la Ley 100 de 1993; que el monto de su pensión en el RAIS sería mucho menor que el del RPMPD. Por último, para el 4 de septiembre de 2019 solicitó la nulidad de la afiliación del traslado (sic) ante la AFP Porvenir SA (págs. 38 y 41, arch. 1, *ídem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 20 de agosto de 2020 se admitió la demanda y se ordenó la notificación y traslado a las demandadas (págs. 54 y 55, arch. 1, C01) entidades que dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones se opuso a la totalidad de pretensiones, invocando como medios de defensa las excepciones que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción (págs. 21 – 26, arch. 8, C01).

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (págs. 29-31, arch. 5, *ídem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (pág. 56, arch. 1, *ídem*).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 5 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante a la AFP Porvenir SA el 30 de junio de 2001; condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores generados por concepto de aportes, frutos y rendimientos que se encuentren en la cuenta individual del señor Luis Daniel Forero Quintero, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones; condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra.

En síntesis, expuso que no se puede establecer que la AFP Porvenir SA, al momento del tránsito al RAIS efectuado por el demandante, que tuvo lugar en el año 2001, le hubiere indicado las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, pues en los términos explicados por el Tribunal de cierre de esta jurisdicción, para demostrar el cumplimiento del deber de información ordenado en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, no basta con la manifestación que quedó plasmada en el texto del formulario de afiliación firmado y tampoco con que únicamente se le hubieran puesto de presente de manera muy general algunas de las peculiaridades de dicho régimen, circunstancia que, impidió que el demandante contara con elementos de juicio suficientes para determinar, según sus intereses, qué le resultaba más benéfico en su caso, y de ese modo, expresar su voluntad de manera informal, carga probatoria que se encontraba en cabeza de la administradora privada.

Respecto a la excepción de prescripción, que sobre este aspecto de la

sentencia SL2601-2021 reiteró la postura sentada por esa corporación al indicar que «*los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales en cualquier tiempo para que por esa vía se reconozca cuál de tales regímenes se encuentran afiliados. En definitiva, la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa, y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación., pues forman parte del Derecho irrenunciable a la Seguridad Social*».

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones solicitó no ser condenado a recibir al demandante como afiliado ya que con esta decisión se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en pensiones, establecido en el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el art. 1° del acto legislativo 01 el año 2005; de igual manera solicitó se estudie el escenario en que la AFP haya faltado con su deber legal de información, Colpensiones no podría acarrear las consecuencias de este acto jurídico.

Por último, de ser confirmada la sentencia y teniendo en cuenta que la responsabilidad profesional y directa recae sobre las AFP Porvenir SA, está deberá garantizar el reintegro de la totalidad de la cotización, es decir, los recursos de la cuenta individual de ahorro, las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros provisionales y cuotas de administración con el fin de garantizar el financiamiento de la pensión bajo el RPMPD.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023, se admitió el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C02).

Las partes, demandante y Porvenir SA presentaron alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, en la contestación y en la alzada (arch. 6 y 11, C02).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado

jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del RPMPD, al RAIS, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora Porvenir SA, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 6 de junio de 1962 (pág. 18, arch. 1, C01); ***ii)*** según la información brindada por el Cetil y la Oficina de Bonos Pensionales mediante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público laboró para la Secretaría Distrital de Salud Distrital desde el 3 de marzo de 1986 hasta el 4 de abril de 1987 tiempo en el que cotizó para la Caja de Previsión Social de Bogotá (pág. 27 - 29, arch. 1, págs. 37, arch. 5, *ídem*); ***iii)*** conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por Colpensiones, efectuó aportes al extinto ISS desde el 30 de marzo de 1987 y hasta el 31 de julio de 2001 (subcarp. 8.1, *ídem*); ***iv)*** se trasladó al RAIS a través de Porvenir SA el 30 de junio de 2001 con efectividad el 1° de agosto de 2001, administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1121 semanas cotizadas (págs. 35 – 98, 103, arch. 5, *ídem*).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de

Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

> Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.
>
> La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.
>
> La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
>
> Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.
>
> Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
>
> Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto

neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

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

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

> entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

> "(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.
>
> De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.
>
> Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la **AFP Porvenir SA,** con fecha de efectividad el 1 de agosto de 2001, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, y que se le brindó información, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

> "(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."

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

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»* que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

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

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

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

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

> decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 30 de junio de 2001 con efectividad el 1° de agosto de 2001 con su afiliación a la AFP Porvenir SA.

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

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia, para ordenar a la AFP demandada, la devolución de lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la

financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, "(…) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*[1], por lo que resulta acertada la decisión de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 5 de octubre de 2022, por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, los valores descontados de los aportes efectuados con ocasión de la vinculación del demandante, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

[1] CSJ SL1688-2019.

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

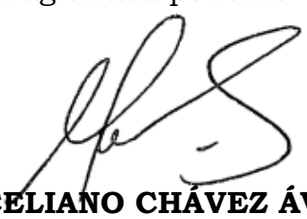
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EozNO7qKAvBPq4ukkW1Cm4kBpcDq1002NXMu5H34Z5SVIg?e=LzVqIa

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: **7288c83699df47200a63c483240d409ee2bb0322193c9904463af856a6731ef8**

Documento generado en 17/08/2023 11:31:01 AM

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

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **037 2020 00538** 01
DEMANDANTE:	RICARDO ENRIQUE GÓMEZ OJITO
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá DC, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 18 de octubre de 2022, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia de la afiliación y traslado efectuado el 3 de julio de 1997, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colpatria, hoy Porvenir SA; en consecuencia, solicita se ordene a Colfondos SA, devolver a Colpensiones todos los dineros recibidos con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales y los rendimientos que se hubiesen causado como lo dispone el art. 1746 CC (págs. 7-8 arch 01, C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliado al ISS desde el 17 de febrero de 1987, que el 3 de julio de 1997 se afilió al RAIS mediante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colpatria, entidad que fue absorbida por Porvenir SA. Adujo que el mencionado fondo omitió brindarle información sobre las ventajas y desventajas del RAIS, sin que exista constancia alguna o anexo de que al demandante le fue suministrada la información relevante y pertinente de cual sería el monto pensional en los dos regímenes; que no se le informó la edad de pensión, el monto de su mesada, que no dependía del ahorro individual, sino del tiempo acumulado y el salario base de cotización, y del mercado financiero; y que, durante su periodo de cotizaciones no recibió asesoría alguna por el personal capacitado que deben tener las administradoras de pensiones (págs. 5-7 arch. 01, C01).

II.TRÁMITE PROCESAL

Admitida la demanda mediante auto del 26 de enero de 2021, se ordenó su notificación y traslado a las demandadas (arch. 03, C01) quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021; el error sobre el punto de derecho no vicia el consentimiento; prescripción; presunción de legalidad de los actos administrativos; cobro de lo no debido; buena fe (págs. 16-17 arch. 04, C01).

Colfondos SA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por considerar que el demandante tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Colfondos SA manifestando pleno conocimiento y consentimiento; formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe (págs. 15-16, arch. 05, C01).

Porvenir SA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, indicando que para la data del traslado de régimen del demandante, a dicho fondo no le asistía ningún tipo de obligación o carga, respecto de elaborar proyecciones o simulaciones pensionales; formuló las excepciones de prescripción,

prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia e causa e inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 29-31, arch. 11, *ídem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 06, *ídem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 18 de octubre de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS; le ordenó a la AFP Colfondos SA, transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros; igualmente ordenó a Colfondos SA y a Porvenir SA, transferir a Colpensiones los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Porvenir SA (arch. 21, C01 y subcarp. 12 C02).

Consideró que en este asunto, en aplicación del criterio jurisprudencial, no se encontraba probado que el fondo de pensiones privado hubiera suministrado al demandante la información pertinente al momento de celebrar el acto jurídico de traslado de regímenes pensionales, para considerar que el mismo fue válido y eficaz, así como tampoco, que lo hubiera hecho luego de llevar a cabo la afiliación, en ese orden de ideas advirtió que no se acreditó haber cumplido el deber de información esencial para la validez del traslado entre regímenes pensionales por lo cual declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado (*ídem*).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones, señaló que el deber de información se intensificó con la expedición de la Ley 1328 de 2009, por lo que, para los actos celebrados antes de la misma, no es dable requerir a los fondos privados formalidades y la asesoría previa. Expuso que aunque el demandante asegura que el incumplimiento del deber de información radicó en que no se le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen, esas situaciones se encuentran consignadas en la Ley 100 de 1993, que al ser de alcance nacional, es de

conocimiento de todos los ciudadanos desde su promulgación en los términos del art. 11 del CC, por lo que no es dable alegar su ignorancia como excusa, más aun cuando el gestor de forma libre y voluntaria suscribió el formulario de vinculación al RAIS; que tampoco se probó vicio del consentimiento, ni asalto en la buena fe al momento del traslado y que cuando este se surtió era imposible predecir los ingresos base de cotización sobre los cuales iba a aportar el promotor del proceso al sistema, para calcular una futura mesada pensional.

Dijo que la decisión apelada impacta la reserva del sistema pensional, con lo que se desconoce el principio de sostenibilidad financiera, teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes pensionales, lo que generaría una carga a los demás afiliados del RPM quienes tendrían que soportar el eventual reconocimiento de una pensión en favor del gestor, a pesar de que aquel no ha construido su derecho en ese sistema, lo que se deriva, igualmente, en el menoscabo del patrimonio de esa entidad.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04, C02).

El demandante, Colpensiones y Porvenir SA presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y el recurso (arch. 06, 08 y 10, C02).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones

no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 60 y 61 del CPTSS.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 13 de mayo de 1961 (pág. 101, arch. 1, C01); ***ii)*** cotizó al extinto ISS entre el 17 de febrero de 1987 y el 31 de diciembre de 1996 un total de 484.14 semanas

(págs. 57-60 *ídem* y págs.. 67-70 arch. 15 C01*)*; ***iii)*** el 3 de julio de 1997 se trasladó al RAIS (Pág. 33 arch. 11 C01); ***iv)*** el 30 de marzo de 1999, se afilió a Porvenir SA (Pág. 34 *ídem)*; ***v)*** el 25 de octubre de 2010 se trasladó a la AFP Colfondos (págs. 21 arch. 05 C01), entidad a la que se encuentra afiliado.

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

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

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

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

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

> *«Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las*

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

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

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

«Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido».

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

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

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

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

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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».

En esta providencia, también se dijo:

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

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

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo».

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la **AFP Colpatria**, hoy **Porvenir SA**, el 3 de julio de 1997; y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

«(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado».

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

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

> *«El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.*
>
> *Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «consentimiento» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la validez, para, en su lugar, centrar el análisis en el «deber de información y buen consejo» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.*
>
> *Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia».*

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

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, antes Colpatria, que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 7 de julio de 1997 con su afiliación a la AFP Colpatria, hoy Porvenir.

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

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, "(…) *pues, recuérdese, «la exigibilidad*

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: PRECISAR los numerales **segundo** y **tercero** de la sentencia proferida el 18 de octubre de 2022, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que **Colfondos SA Pensiones y Cesantías** y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberán devolver con destino a Colpensiones los conceptos allí relacionados con ocasión de la vinculación del demandante a esas AFP, precisando que deberán devolver en forma indexada y con cargo a sus propios recursos, lo descontado de los aportes por concepto de comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente detallado, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EhJo3QHoFupMsc1jQ3QqlTcBkDydQZYl-CgUtj_bR9w_lA?e=pRy5Il

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: **20d1699f1daa1cbc770bd4aafb590c9c407c42963ad6dfd96d7e688f6b7d1bdc**

Documento generado en 17/08/2023 11:31:10 AM

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

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **031 2022 00252** 01
DEMANDANTE:	MARTHA RUTH CLAVIJO PÉREZ
DEMANDADOS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA.

Bogotá DC, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra de la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2022, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS efectuada con la AFP Protección SA; en consecuencia, solicita que se ordene a Porvenir SA fondo al que se encuentra actualmente afiliada, restituir con destino a Colpensiones la información y dineros aportados al RAIS como si el traslado nunca se hubiere realizado.

Expuso como fundamento de sus pretensiones, que nació el 10 de octubre de 1961 y estuvo afiliada al ISS desde el 1° de marzo de 1979 hasta el 30 de agosto de 1997, que se afilió a Protección SA el 25 de agosto de 1997 y se trasladó a Porvenir SA en mayo de 2001; señaló que no se le brindó la información precisa que le permitiera evaluar sus verdaderas condiciones pensionales, ni se le

entregaron paralelos entre ambos regímenes pensionales, o las ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS. Adujo que Porvenir le informó que puede aspirar a una pensión de aproximadamente $1.000.000, lo que tan solo corresponde al 40% de su IBL y que aunque solicitó la ineficacia de su afiliación a Porvenir, Protección y Colpensiones, los fondos privados no le dieron respuesta alguna y Colpensiones dio respuesta negativa el 8 de abril de 2022 (arch. 02, C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 10 de junio de 2022, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 06 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones se opuso a la prosperidad de lo pretendido, solicitando que se le absuelva e invocando como medios de defensa las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; y buena fe (arch. 08, C01).

Porvenir SA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, solicitando se le absuelva de ellas, por considerar que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993. Invocó en su defensa las excepciones 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 (arch. 09, C01).

Protección SA, se opuso a las pretensiones incoadas en su contra y solicitó se le absuelva de ellas, alegando que la afiliación de la demandante al RAIS es totalmente válida y eficaz ya que fue realizada con plena observancia de todas las disposiciones legales vigentes, de manera libre, voluntaria y sin presiones. Formuló en su defensa las excepciones de: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento

indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (arch. 12, C01).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (arch. 10, C01).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 9 de noviembre de 2022, absolvió a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante, como quiera que el traslado del régimen pensional tuvo plenos efectos jurídicos, y condenó al pago de costas al demandante.

En síntesis, la juez de primer grado advierte que la demandante encontrándose en el régimen de prima media con prestación definida se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en el mes de agosto de 1997; relacionó los presupuestos legales vigentes en ese año para que ese traslado tuviese validez (art. 13 de la Ley 100 de 1993, 11 del D. 692 de 1994, 13 del D. 720 de 1994); que dentro de los documentos incorporados al plenario aparece el formulario de traslado de régimen, firmado por el demandante; resalta además que el año 2005 la accionante se afilió al fondo de aportes voluntarios, brindando información de sus beneficiarios, en el que se señala qué aportes voluntarios realizará al fondo conservador, tanto en dólares como en euros, por lo que cuestiona que ahora se alegue por la demandante que no conocía el funcionamiento del régimen o cómo funcionaba el ahorro voluntario.

Después de analizar lo expuesto por la demandante en su interrogatorio, concluyó la *a quo* que a pesar de que la actora mintió en su declaración y fue evasiva con las respuestas, la demandante reconoció que había leído los formularios de afiliación, que le explicaron que iba a tener más rendimientos en el RAIS, que realizó aportes voluntarios justamente porque le iba a generar más rendimientos y que tenía los conocimientos suficientes para concluir que sí le dieron la información debida y necesaria al trasladarse a Protección SA en 1997, por lo que el traslado de régimen no fue ineficaz (archs. 24 y 25 C01).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** inconforme con la decisión, interpuso recurso solicitando se revoque, por la interpretación errónea de lo expuesto en la diligencia de interrogatorio, por cuanto la decisión se centra en el formulario de vinculación y la declaración de la accionante, precisando que la CSJ ha indicado que el formulario de afiliación no es indicativo de asesoramiento, a lo sumo presenta un consentimiento, pero no informado.

Adujo que la juez no tuvo en cuenta que la falta de información alegada hace referencia a la información suministrada al momento del traslado y no a la información adquirida con posterioridad: resalta que si bien la demandante hizo afirmaciones generales en relación con la generación de rendimientos, la realización de aportes voluntarios o la devolución de saldos, dichas afirmaciones devienen de lo aprendido a través del tiempo y como consecuencia de casos cercanos como el de su esposo y una amiga, resaltando que en ningún momento se expuso que la citada información le hubiera sido brindada oportunamente al momento del traslado y por uno de los asesores de las demandadas; señaló que aún si se tuviera por cierto que el conocimiento de esos asuntos fue adquirido oportunamente, a su cliente no se le mostró un paralelo entre los sistemas, ni se le explicaron las desventajas, y que solo por el hecho de haber efectuado una única vez un aporte voluntario, no es posible presumir que conocía el funcionamiento de los regímenes pensionales (archs. 24 y 25 C01).

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023, se admitió el recurso de apelación interpuesto, y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04, C02).

La parte demandante y Porvenir, presentaron sus alegaciones de instancia, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, la contestación, así como en la alzada (archs. 06 y 08, C02).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y de conformidad con lo previsto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de las administradoras del RAIS demandadas, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la

celebración del acto jurídico, en aplicación del precedente jurisprudencial; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 10 de octubre de 1961 (pág. 7, arch. 03, C01); ***ii)*** cotizó al ISS un total de 815.71 semanas entre el 1 de marzo de 1979 y el 31 de agosto de 1997 (pág. 8 *ídem*); ***iii)***; que el 25 de agosto de 1997 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Protección SA (Pág. 32 *ídem* y pág. 35 arch. 12 C01); **iv)** que el 30 de marzo de 2001 se afilió a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías (pág. 25 arch. 09 C01): que actualmente se encuentra afiliada Porvenir SA y cuenta con un total de 1903 semanas de cotización (págs. 27-34 y 63 *ídem).*

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

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

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

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

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

> *«Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
>
> *La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
>
> *Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*
>
> *Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*
>
> *Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*
>
> *En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar*

todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

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

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

«Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

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

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información

corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los arch.s del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento».

En esta providencia, también se dijo:

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

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

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo».

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA, desde el 25 de agosto de 1997 (pág. 35 arch. 12 C01), posteriormente se trasladó entre administradoras del RAIS, encontrándose en la actualidad vinculado a la Porvenir SA (Pág. 25 y 63, arch. 09 C01), y si bien en los formularios de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, y toda la allí contenida, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

tal como lo aduce la parte demandante y contrario a lo considerado por la juez de instancia en la decisión.

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

> *«(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado».*

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

> «*El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.*
>
> *Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «consentimiento» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la validez, para, en su lugar, centrar el análisis en el «deber de información y buen consejo» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.*
>
> *Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia»*

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

> *«De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues*

> *desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».*

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Protección SA, que en verdad hubiese suministrado información completa, oportuna, veraz y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y en ese sentido, se **revocará** la decisión apelada, para en su lugar, declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 25 de agosto de 1997, con su afiliación a la AFP Protección SA.

Al respecto, la Sala reitera y precisa que, en los términos de la jurisprudencia aquí ampliamente aducida y pacíficamente reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resultan insuficientes las conclusiones probatorias a las que arribó la juez de primera instancia, para tener por acreditado el consentimiento informado con las dimensiones y detalle requerido para la eficacia del acto jurídico, tal como lo adujo la apelante y contrario a lo considerado en la decisión confutada.

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

En Consecuencia, se **condenará** a las AFP Protección SA y Porvenir SA, a efectuar la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, y a Colpensiones, a recibirlos y reactivar la afiliación del demandante sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida, actualizando la respectiva historia laboral con la totalidad de aportes efectuados al Sistema Pensional.

Respecto de la **excepción de prescripción**, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, "(…) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*[1], lo que se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

En cuanto a la **condena en costas,** la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en

[1] CSJ SL1688-2019.

un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho. En ese orden de ideas, se tiene que de conformidad con el art. 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, sin embargo, en este caso se impondrán únicamente a cargo de las administradoras del régimen de ahorro individual demandadas, a favor del demandante, por cuanto Colpensiones no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió, y es por ello que la Sala mayoritaria considera que las costas debían disponerse únicamente a cargo de los fondos privados de pensiones, que con su omisión, dan lugar al resultado del proceso, en la medida en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional que se declaró ineficaz, no fue consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de la administradora del RPMPD.

Por lo expuesto, se condenará en costas de primera instancia a cargo de las AFP Protección y Porvenir. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2022, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar, **DECLARAR** la INEFICACIA DEL TRASLADO de régimen pensional realizado el 25 de agosto de 1997 por **MARTHA RUTH CLAVIJO PÉREZ**, identificada con la CC n.° 51.648.818, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA** y a la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, a trasladar a la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión de las vinculaciones de la demandante y que se

encuentren en su poder, junto con los rendimientos financieros de tales aportes, y los bonos pensionales si los hay; así mismo, a devolver las sumas descontadas de tales aportes, debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración; todo lo anterior, discriminado con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: **CONDENAR** a **Colpensiones**, a recibir las sumas objeto de traslado y devolución, con el correspondiente detalle ordenado, y a reactivar la afiliación del demandante, sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida, actualizando la respectiva historia laboral con la totalidad de aportes efectuados al Sistema Pensional, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, acorde con lo expuesto en la motivación anterior.

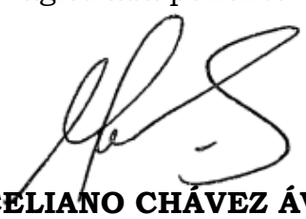
QUINTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera instancia a cargo de las AFP Protección SA y Porvenir SA a favor del demandante, conforme a las motivaciones de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EsbbsmBUky5Ip5e_s4Wt3noB1q6mc3RApB2BceO21Dw92A?e=vOZNqm

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: **8cf3930a435b24d6bf4f1fe731e3f530a5608dd5f4c75bf740a680970ef3ab96**
Documento generado en 17/08/2023 11:31:09 AM

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

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **031 2022 00214** 01
DEMANDANTE: ELIZABETH RODRÍGUEZ SOSA
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor, respecto de la sentencia proferida el 31 de enero de 2023, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la nulidad de traslado del RPMPD al RAIS efectuado con la AFP Porvenir SA, y se le ordene restituir con destino a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos, que se declare como única afiliación válida la del RPMPD; se le ordene a ésta recibirla como afiliada y contabilizar las semanas cotizadas, pagar en su favor la pensión de vejez a partir del 17 de diciembre de 2021 junto con las mesadas ordinarias y extraordinarias; pagar en su favor los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, y por último, se condene en costas a las demandadas (págs. 4 y 5, arch. 2, C01).

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que nació el 17 de diciembre de 1964, desde el año 1998 labora para la empresa Circulo de Viajes Universal SA, cuenta con 57 años de edad, estuvo afiliada al RPMPD hasta marzo de 2001, fecha en la que se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA, actualmente acredita un total de 1346 semanas cotizadas, en los últimos diez años cotizó sobre un promedio entre dos y tres SMMLV; que para el 29 de abril de 2022 esta AFP realizó una proyección pensional donde le determinó una pensión sobre un salario mínimo, con una tasa de reemplazo sobre el 44.34%; en dicho traslado no fue asesorada de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre los regímenes pensionales, el cómo adquirir su derecho a pensión, el monto o capital que debía tener en su cuenta de ahorro individual, el derecho de retracto, el momento oportuno para realizar el traslado de régimen, y la AFP no realizó proyecciones futuras de su pensión.

Aunado a ello, que para el 18 de marzo de 2022, presentó derechos de petición a Porvenir SA y Colpensiones, en los cuales solicitó la nulidad del traslado, el expediente administrativo, que se tuviera como única afiliación válida la realizada a Colpensiones; se le reconociera la pensión de vejez a la que tiene derecho; y hasta la fecha no ha obtenido respuesta alguna.

Por último, resaltó que cumple con los requisitos para pensionarse en el RPMPD, esto es, 1300 semanas y 57 años de edad; que no ha podido pensionarse puesto que en el RAIS a pesar de cotizar con promedios de dos y tres salarios mensuales durante sus últimos diez años, su pensión seria de un SMMLV (págs. 2 – 4, arch. 2, C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa Subsanación la demanda fue admitida el 10 de junio de 2022, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas; mediante auto del 26 de julio de 2022 se tuvo por contestada por Colpensiones y se corrió traslado nuevamente a Provenir SA por indebida notificación; mediante auto del 29 de agosto de 2022 se tuvo por contestada la demanda y se fijó fecha de que trata el art. 77 del CPTSS (arch. 05, 07, 15 y 21, C01).

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones, e invocando en su defensa las excepciones 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 (págs. 10 - 13 y 28 – 30, arch. 20, C01).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, e invocando en su defensa las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; y, buena fe (págs. 4 - 6 y 12 – 18, arch. 14, C01).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (arch. 11, C01).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 31 de enero de 2023, declaró la ineficacia del traslado efectuada por la demandante del RPMPD al RAIS, teniéndola válidamente como afiliada al RPMPD, condenó a la AFP Porvenir SA a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de sumas de dinero que recibió de la demandante por concepto de aportes, junto con sus rendimientos financieros, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, como aportes al fondo de garantía de pensión mínima y lo valores utilizados en seguros previsionales; condenó a Colpensiones a recibirla como si nunca se hubiere trasladado de régimen y la absolvió del reconocimiento pensional y pago de intereses moratorios; por último condenó a la AFP Porvenir SA al pago de costas y agencias en derecho (arch. 28, C01)

En primera medida la juez de primer grado resaltó que, se acredita el cumplimiento del requisito de procedibilidad consistente en la reclamación administrativa, puesto que dentro del plenario aparece copia de un escrito remitido a Colpensiones y de igual manera obra respuesta de la misma con fecha del 15 de junio de 2022.

Por otro lado, resaltó que de acuerdo a la sentencia SL 4015 del 30 agosto del año 2021, se establece una diferencia entre la figura de nulidad de traslado y la ineficacia de traslado, razón por la cual lo que procede es declarar la ineficacia; aunado a que efectivamente no se acreditó el cumplimiento del deber de información por parte de la demandada; que de acuerdo al interrogatorio que absuelve la demandante, niega cualquier información que se le haya dado en el momento de traslado de régimen por el asesor, niega que haya tenido conocimiento alguno diferente a que conocía los requisitos para pensionarse en el RPMPD, niega conocer circunstancias como la figura del bono pensional, y los rendimientos financieros, entre otros. Que el testigo Ramiro Moreno Barbosa asesor de la AFP Porvenir SA en su momento, manifestó no recordar a la demandante, ni el momento en que le dio la asesoría, tampoco asevera que le haya dado una información clara, completa y oportuna; no obstante, no es suficiente acreditar que el fondo de pensiones le había dado capacitaciones al asesor en el momento del traslado de régimen.

Respecto del reconocimiento de la pensión de vejez como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia, precisó la *a quo* que los requisitos para acceder al reconocimiento pensional en el régimen de prima media con prestación definida están establecidos en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, que fue modificado por la Ley 797 y el año 2003, siendo estos la edad y semanas cotizadas; no obstante también se requiere el retiro del sistema y en el presente caso no se acredita, puesto que para la actualidad aún se encuentra cotizando para la AFP Porvenir SA, de acuerdo a certificación allegada con contestación de la demanda; por lo que accede a declarar probada la excepción planteada por la procuradora, esto es, la de petición antes de tiempo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** solicitó se revoque los numerales referentes a la condena en costas; puesto que no fue condenada a la misma Colpensiones y el valor de la condena a Porvenir SA no es proporcional, dado que como lo resalta la Honorable Corte Suprema de Justicia, se debe condenar a la parte vencida, máxime cuando Colpensiones se opuso a las pretensiones en su contestación de la demanda.

Colpensiones, reiteró que a la demandante no le asiste derecho a reintegrarse al RPMPD, al encontrarse en un margen menor a 10 años para

adquirir la categoría de pensionada, aunado a que existió un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que la misma decidió continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 14 de febrero de 2023, se admitieron los recursos de apelación interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta, y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04, C02).

La parte demandante, Porvenir SA y Colpensiones presentaron alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, las contestaciones, así como en la alzada (arch. 05 a 10, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente,

y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 17 de diciembre de 1964 (pág. 3, arch. 03, C01); ***ii)*** cotizó al extinto ISS entre el 1° de enero de 1995 y el 31 de mayo de 2001 un total de 271,43 semanas (carp. 14.1, *ídem)*; ***iii)*** el 5 de abril de 2001 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA, efectivo el 1º de junio del año en mención (pág. 123, arch. 20, *ídem*); administradora a la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1359 semanas cotizadas conforme las historias laborales consolidadas y la certificación emitidas por la mencionada AFP el 12 de agosto de 2022 (págs. 33-58, arch. 20, *ídem*).

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

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones,

será libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

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

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

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

> Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.
>
> La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.
>
> La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
>
> Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.
>
> Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del

mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

> "(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.
>
> De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.
>
> Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA, desde el 5 de abril de 2001 efectivo el 1º de junio del mismo año, AFP a la que se encuentra vinculada actualmente, y si bien en el formulario de vinculación n.° 01542824 (pág. 122, arch. 20, C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, y toda la allí contenida, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna,

suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

> "(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."

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

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»* que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

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

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

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que, una vez acreditada la ineficacia del traslado del

régimen de prima media al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual, ni por la información que se otorgue con posterioridad. Así lo expuso en la primera decisión citada:

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 5 de abril de 2001 con su afiliación a la AFP Porvenir, efectiva desde el 1° de junio del mismo año.

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

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia, para ordenar a la AFP demandada, la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media.

Respecto de la **excepción de prescripción**, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, "(…) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*[1], lo que se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

En cuanto a la **condena en costas,** la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho. En ese orden de ideas, se tiene que de conformidad con el art. 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, empero, se resalta que la Sala considera que, en todo caso, no debía disponerse tal rubro frente a Colpensiones, en la medida en que no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió, y es por ello que las costas debían disponerse únicamente a cargo del fondo privado de pensiones, que con su omisión da lugar al resultado del proceso, en la medida en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional que se declaró ineficaz, no fue consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de la administradora del RPMPD, hoy Colpensiones, y simplemente está llamada a soportar las consecuencias jurídicas de la omisión de la administradora del RAIS, siendo esa la única razón por la que se le vincula de manera necesaria al proceso, sin que por tanto, en estricto sentido, pueda ser tenida como vencida en el mismo, aun cuando razonablemente se oponga a lo pretendido, ajustándose su actuar al ordenamiento legal.

---

[1] CSJ SL1688-2019.

Finalmente, en cuanto al **monto de las costas** impuestas a Porvenir SA, ha de indicarse que de conformidad con el núm. 5° del art. 366 del CGP, no es este el momento procesal oportuno para decidir lo atinente frente a cualquier controversia que surja respecto de la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho, por ende, la Sala se encuentra impedida para emitir pronunciamiento alguno frente a este punto.

En los anteriores términos queda estudiada la apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 31 de enero de 2023, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos los valores descontados de los aportes efectuados con ocasión de la vinculación de la demandante, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EvfHMonx93hMsISplgumFycBdXXwh_tU8vXUg6E3-2f5_A?e=dJHQyS

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: **048f1a448e48a5cadf63c8eddd95e1b4d014101301b5e35ae9ce08c5edaeff57**

Documento generado en 17/08/2023 11:31:08 AM

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

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **024 2021 00321** 01
DEMANDANTE:	MARÍA ELVIRA QUINTANA CALDERÓN
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 30 de enero de 2023, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia del traslado al RAIS con la AFP Horizonte hoy Porvenir SA efectiva el 1° de febrero de 1997; la nulidad del traslado con la AFP Skandia SA el 1° de febrero de 2009; que para todos los efectos legales nunca se trasladó y siempre permaneció en el RPMPD sin solución de continuidad administrado por Colpensiones, ante la cual podrá solicitar el reconocimiento de su pensión de vejez, de conformidad con el art. 33 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes; en consecuencia, ordenar a la AFP Skandia SA trasladar los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales realizados, los rendimientos generados, las sumas de dinero

percibidas por concepto de gastos de administración y la información obtenida a través de las planillas de autoliquidación de aportes; de igual manera ordenar a la AFP Porvenir SA devolver las sumas de dinero por concepto de gastos de administración debidamente indexados; y por último, que Colpensiones active su afiliación, la reciba y registre en la base de datos la información correspondiente a los aportes (págs. 7–9, arch. 1, C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació de 2 de septiembre de 1954, tiene 66 años y no se encuentra pensionada; se afilió al ISS el 1° de septiembre de 1985; para el 1° de febrero de 1997 se trasladó del RPMPD al RAIS mediante la AFP Horizonte hoy Porvenir SA, la cual no suministró la asesoría necesaria, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa para decidir libremente sin vicio alguno en su consentimiento, por la opción de traslado de régimen de pensión, de igual manera tampoco le suministró la proyección del monto de la mesada pensional que recibiría de acuerdo a sus expectativas de desarrollo laboral, ni le informó los requisitos para acceder a su pensión de vejez; que para el 1° de febrero de 2009 se trasladó a la AFP Skandia SA a la que actualmente se encuentra vinculada, última en la que solicitó la proyección del valor de la mesada pensional a que tendría derecho en el RAIS y en el RPMPD, que como respuesta estas serían de $ 2.259.650 y $ 9.500.000 respectivamente (pág. 7, arch 1, *ídem*).

II.TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió mediante auto del 14 de octubre de 2021 y se ordenó la notificación y traslado a las demandadas (arch. 2, C01) quienes dieron respuesta.

Porvenir SA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación (págs. 7 a 14 y 25 a 28, arch. 4, C01).

Skandia Pensiones y Cesantías SA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, elevó como excepciones de fondo prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración y prescripción de estos, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (págs. 3-13 arch. 5, *ídem*).

Adicional a lo anterior, llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros SA (pág. 117, arch. 5), el cual fue admitido mediante auto del 11 de agosto de 2022 (arch. 11), por lo que una vez corrido el traslado de rigor, dicha compañía contestó oponiéndose tanto a las pretensiones de la demanda como al llamamiento en garantía y para ello propuso como excepciones las que denominó el acto jurídico de afiliación al RAIS y el de su posterior traslado a otras AFPS fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de *"autonomía de la voluntad"* sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a Skandia; prescripción de la acción de nulidad y la derivada del contrato de seguro; legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional; frente a la acción material ejercida por la demandante Skandia carece de amparo y/o cobertura pues el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado; Mapfre no se encuentra obligada en caso de una condena contra Skandia 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 no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia condenatoria frente a Skandia y por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; e inexistencia de derecho contractual por parte de Skandia (arch. 14, *ídem*).

Colpensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (págs. 7 - 10 y 23 – 29, arch. 6, *ídem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 10, *ídem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 30 de enero de 2023, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS a través de Horizonte hoy Porvenir SA, el 1° de abril de 1997 y que para todos los efectos legales siempre estuvo en el RPMPD; en consecuencia, ordenó a Skandia SA trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses conforme el art. 1746 del CC, rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones, gastos de administración debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades; ordenó a Skandia SA trasladar a Colpensiones lo que haya deducido por concepto de gastos de administración debidamente indexados, de los aportes efectuados por la demandante; ordenó a Colpensiones recibir a la demandante como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez sean trasladados los dineros por parte de Skandia SA y de Porvenir SA; declaró no probadas las excepciones propuestas, absolvió a la llamada en garantía Mapfre y se abstuvo de imponer costas a cargo de las partes.

Consideró que conforme el criterio jurisprudencial actual, y lo dispuesto en el art. 97 del Decreto 663 de 1993, vigente al momento del traslado, la obligación de dar información necesaria hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, ventajas y desventajas, las consecuencias jurídicas del traslado, y comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible; la carga de la prueba del cumplimiento del deber de información al momento del traslado recae sobre las administradoras de pensiones, la cual fue incumplida por cuanto no es suficiente el formulario de afiliación, que contiene la voluntad de afiliación pero no la información que se suministró sin que del interrogatorio de parte se dedujera alguna confesión al respecto.

Por otro lado, sostuvo que con la devolución de todos los valores recibidos en el régimen de ahorro individual, con rendimientos y gastos de administración descontados, no se afecta la sostenibilidad de financiera del derecho; y que la seguridad social es un derecho imprescriptible, por lo que también lo es la acción

con la que se pretenda la ineficacia de la afiliación y sus consecuencias.

Del llamamiento en garantía, precisó que la contratación de los seguros previsionales por parte de las administradoras es una obligación de carácter eminentemente legal, teniendo como fin en sí mismo efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, tal y como lo dispone el art. 108 de la Ley 100 de 1993, por lo que resulta improcedente condenar por dicho concepto una sociedad que no sea una administradora de fondos de pensiones en estricto sentido, ante la ausencia de la relación sustancial o material que exige el llamamiento en garantía frente a las obligaciones; pues se estaría contraviniendo a lo indicado por el órgano de cierre en sentencia CSJ SL 4360 de 2019, frente a quién le corresponde la devolución de dicho monto; aunado a que riñe con los principios del contrato de seguros, declarar responsable a la llamada en garantía Mapfre sobre una obligación que no se encuentra prevista como riesgo asegurado de acuerdo al contenido del contrato de aseguramiento (archs. 21 y 22, C01).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA, solicitó se revoque la orden de devolver los gastos de administración debidamente indexados, puesto que entre las obligaciones que deben cumplir las AFP está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, razón por la cual es entonces incompatible y excluyente ordenar la indexación por los recursos de la cuenta ahorro individual de la parte demandante ya que no se han visto afectados por la inflación; y por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que se garantizan por el RPMPD.

Skandia Pensiones y Cesantías SA, destacó que el propio artículo 20 de la Ley 100 de 1993 enuncia que la comisión de administración no hace parte de los recursos pensionales que financian las prestaciones económicas de la afiliada, con lo cual y en el entendido de que en el presente proceso no se discutió su gestión, carece de todo fundamento que se condene al traslado de dichos valores en favor de Colpensiones, ya que ello no puede ser considerado de forma distinta a una violación al principio constitucional de buena fe y de confianza legítima.

Colpensiones, señaló que la declaratoria de ineficacia del traslado vulnera directamente el principio de sostenibilidad financiera en atención a que se le están imponiendo cargas adicionales, como manifestó desde los alegatos de conclusión.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 14 de febrero de 2023 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C02).

Las AFP Skandia SA, Porvenir SA y la demandante, presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y el recurso (archs. 5-10, C02).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación

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

VII. CONSIDERACIONES

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

No fue objeto de discusión y se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 2 de septiembre de 1954 (pág. 30, arch. 1, C01); ***ii)*** cotizó al extinto ISS entre el 1° de noviembre de 1985 hasta el 31 de enero de 1997 un total de 257,57 semanas (pág. 409, arch. 6, C01); ***iii)*** el 24 de febrero de 1997 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir SA efectiva a partir del 1° de abril del mismo año (págs. 77, arch. 4, C01); ***iv)*** desde el 4 de diciembre de 2008 y con efectividad a partir del 1° de febrero de 2009 se afilió a Skandia SA (pág. 95, arch. 5, C01), administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1172.43 semanas, conforme a las historias laborales consolidadas y la certificación expedidas por esa AFP el 15 de julio de 2021 (págs. 97-104 arch. 5, C01).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y

causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

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

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

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

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

> Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.
>
> La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.
>
> La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de

aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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."

En esta providencia, también se dijo:

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

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

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir SA, el 24 de febrero de 1997 efectivo el 1° de abril del mismo año; luego el 4 de diciembre de 2008 se trasladó a la AFP Skandia SA con efectividad del 1° de febrero de 2009, a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en los formularios de vinculación n.° 851845 y n.° 478629 (pág. 79, arch. 4, pág. 77, arch. 5, C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del

Decreto 692 de 1994, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

> "(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."

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

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»* que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

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

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

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9

sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Horizonte hoy Porvenir SA que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 24 de febrero de 1997 efectivo el 1 de abril de del mismo año, con su afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir SA (pág. 77, arch. 4, C01).

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

Por lo expuesto, se **adicionarán** los numerales **tercero** y **cuarto** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que tanto la AFP Porvenir SA como la AFP Skandia SA, efectúen la devolución de la totalidad de las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y las comisiones, todos estos valores con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, en tanto que no son esas sumas las que generaron los rendimientos que se ordenó devolver también; y, con la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Respecto a la excepción de **prescripción**, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, «*(…) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*[1], por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

En los anteriores términos queda estudiada la apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales **tercero** y **cuarto** de la sentencia proferida el 30 de enero de 2023, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tanto **Skandia Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías SA** como la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberán devolver también, con destino a Colpensiones

[1] CSJ SL1688-2019.

y con ocasión de la vinculación de la demandante, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y las comisiones, todos estos conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes pagados, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ev9qjXoMirxDhPAQkheYScUBo6UojTIkx-zvk43xPpqiBw?e=41y9rS

Luz Patricia Quintero Calle

Firmado Por:

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: **be1a8d6aa9b5a4988acfbe9b5cb8225c3cc1a6ddedd1a95a5aa62b039310ee5f**
Documento generado en 17/08/2023 11:31:06 AM

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

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **024 2020 00196** 01
DEMANDANTE:	MARIO WILMER ESCORCIA GARCÍA
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que la AFP Porvenir SA incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado; la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada con la mencionada AFP; que nunca se trasladó y se encuentra afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones; y en consecuencia, se ordene a Porvenir SA trasladar la totalidad de los dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, expensas de administración y bonos pensionales; por último condenar al pago de costas y agencias en derecho a las demandas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que inicio sus aportes en el RPMPD a través de Colpensiones el 19 de septiembre de 1985 donde cotizó 686.29 semanas; suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir SA el 28 de octubre de 1998 tiempo en el que contaba con 44 años de edad; que en el lugar de trabajo el asesor de dicha AFP se presentó a fin de persuadirlo sobre la inconveniencia de permanecer en el ISS hoy Colpensiones, ya que era una entidad inviable dado a su deficiente manejo administrativo; que le podía asegurar una pensión en mejores condiciones; empero no le brindó información veraz, oportuna, pertinente y objetiva respecto de su traslado del RPMPD al RAIS; tampoco le advirtió el monto y cómo acceder a una pensión superior a un SMMLV, la indemnización sustitutiva o devolución de saldos.

Resaltó que, para el 9 de mayo de 2017 presentó consulta ante la Superintendencia Financiera de Colombia, a fin de que se pronunciara sobre el deber de información, la cual emitió respuesta el 12 de junio de 2017; posteriormente presentó peticiones ante Colpensiones y Porvenir SA el 5 y 7 de noviembre de 2019, donde solicitó, la anulación de su afiliación al RAIS y su respectiva afiliación al RPMPD; y que se le informara a través de una proyección pensional comparada su valor de pensiones en ambos regímenes; en respuesta la AFP Porvenir SA le indicó que a sus 65 años tendría derecho a una pensión equivalente a $1.567.000, y con ello remitió copia del formulario de afiliación, pero no dio respuesta a la solicitud de proyección; por otro lado Colpensiones le indicó que no podía acceder a lo solicitado puesto que se encuentra en la prohibición legal de los 10 años para cumplir edad de pensión (págs. 6 - 9 arch. 1, C01).

II.TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió mediante auto del 15 de septiembre de 2020 y se ordenó la notificación y traslado a las demandadas (arch. 2, C01) quienes dieron respuesta.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad

financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (págs. 26 - 32 arch. 5, *ídem*).

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 35 – 37, arch. 15, *ídem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (archs. 3 y 4, *ídem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 21 de noviembre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS a través de Porvenir SA el 28 octubre de 1998 y que para todos los efectos legales, nunca se vinculó al RAIS, sino que siempre estuvo en el RPMPD; en consecuencia, ordenó a dicha AFP trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses conforme el art. 1746 del CC, rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones, gastos de administración debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades; ordenó a Colpensiones recibir al demandante como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez sean trasladados los dineros por parte de Porvenir SA; declaró no probadas las excepciones propuestas y se abstuvo de imponer costas a cargo de las partes.

Consideró que conforme el criterio jurisprudencial actual, y los dispuesto en el art. 97 del Decreto 663 de 1993, vigente al momento del traslado, la obligación de dar información necesaria hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, ventajas y desventajas, las consecuencias jurídicas del traslado, y comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible; la carga de la prueba del cumplimiento del deber de información al momento del traslado recae sobre las administradoras de pensiones, la cual fue incumplida por cuanto no es suficiente el formulario de

afiliación, que contiene la voluntad de afiliación pero no la información que se suministró sin que del interrogatorio de parte se dedujera alguna confesión al respecto.

Precisó que, con la devolución de todos los valores recibidos en el régimen de ahorro individual, con rendimientos y gastos de administración descontados, no se afecta la sostenibilidad de financiera del derecho; y que la seguridad social es un derecho imprescriptible, por lo que también lo es la acción con la que se pretenda la ineficacia de la afiliación y sus consecuencias (archs. 23 y 24, C01).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir SA Insistió en que se revoquen las condenas impuestas en su contra, ya que el traslado efectuado por el demandante del RPMPD al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, tal como se expresa, en el formulario de afiliación para el año 1998, cuya forma impresa se encontraba autorizada por la dependencia bancaria de ese entonces, siendo ese documento, prueba de la libertad de afiliación del demandante; pues el juzgador de primera instancia realizó una apreciación errónea del momento histórico del deber de información, ya que para el momento en que se perfecciona ese traslado de régimen pensional, no se encontraba en cabeza de Porvenir SA, un nivel de información tan exigente como lo pretende la parte actora.

En tanto, Porvenir SA cumple a cabalidad con esa obligación de informar al demandante a través de ese asesor comercial que lo visitó en su lugar de trabajo, sobre características esenciales del RAIS; resalto que dada la alta complejidad del sistema, no se podría capacitar de manera especialísima a cada uno de los afiliados; que inclusive para los profesionales en derecho resulta ser imperioso o necesario tomar una especialización en materia de Seguridad Social en pensiones, por la alta complejidad de este sistema, no obstante, no puede tampoco exigírsela.

Colpensiones señaló que la declaratoria de eficacia del traslado, vulnera directamente el principio de sostenibilidad financiera en atención a que se le están imponiendo cargas adicionales, como se señaló desde los alegatos de conclusión; de igual manera no se logró acreditar que en efecto existiera una omisión de información en cabeza del fondo privado, razón por la cual dicha

afiliación tiene plena validez.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023 se admitieron los recursos impetrados así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C02).

Porvenir SA presentó alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en sus contestaciones a la demanda y los recursos (archs. 5 y 6, C02). el demandante guardó silencio.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de

régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 7 de julio de 1954 (pág. 19 arch. 1, C01); ***ii)*** se afilió al extinto ISS y efectuó cotizaciones entre el 19 de septiembre de 1985 y el 31 de diciembre de 1998 para un total de 686.29 semanas (pág. 11, arch. 6, C01); ***iii)*** el 28 de octubre de 1998 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA con fecha de efectividad desde el 1° de diciembre de esa anualidad (págs. 88, arch. 15, *ídem*), administradora a la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1880 semanas cotizadas conforme las historias laborales consolidadas y la certificación emitidas por la mencionada AFP el 22 de febrero de 2022 (págs. 41 - 72 arch. 15, C01)

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

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

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

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

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

> Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.
>
> La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.
>
> La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
>
> Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.
>
> Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

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

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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."

En esta providencia, también se dijo:

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

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

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante quedó vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir SA, el 28 de octubre de 1998 con efectividad el 1° de diciembre de 1998 y si bien en el formulario de vinculación n.° 01099861 suscrito por el accionante (págs. 83 arch. 15, C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

"(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."

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

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»* que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

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

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir SA, que hubiera suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 28 de octubre de 1998 con su afiliación a la AFP Porvenir, efectiva desde el 1° de diciembre de dicha anualidad (págs. 40 – 96, arch. 4, C01).

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

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral **tercero** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que la AFP Porvenir SA, efectúe la devolución de la totalidad de las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y las comisiones, todos estos valores debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Respecto de la excepción de **prescripción**, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, «*(…) pues, recuérdese, «la exigibilidad*

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **tercero** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 21 de noviembre de 2022 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberá devolver también, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, lo descontado de los aportes por concepto de gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes pagados, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

TERCERO: Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

---

[1] CSJ SL1688-2019.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Enf9QPufdN1Dm8pVJlbut8sB4MVLu7wP0wl-hBmK8QKtQQ?e=Drofhf

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: **7a2821eb8644835560560aca99aef364d3a2daa53e8276dc4f552b83cfe8779b**
Documento generado en 17/08/2023 11:31:05 AM

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

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN:	11001 31 05 **020 2014 00695** 02
DEMANDANTE:	LUZ DERLY CRUZ SANMIGUEL
DEMANDADA:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
LITIS CONSORTES NECESARIOS:	SILVIA DE JESÚS CERINZA, DIANA CAROLINA PÉREZ CERINZA y CAMILO ANDRÉS MEJÍA.

Bogotá DC, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Silvia de Jesús Cerinza y Diana Carolina Pérez, así como surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante el reconocimiento de la sustitución pensional con ocasión al deceso de su cónyuge Fabio Pérez Rendón; en consecuencia, solicita se condene a Colpensiones a pagarle el 50% de dicha prestación, en forma indexada y con los correspondientes intereses moratorios, y se ordene a Silvia de Jesús Cerinza Cerinza, pagarle el valor equivalente al 50% de la pensión que le fue reconocida mediante resolución n°. 15876 del 17 de mayo de 2011 (pág. 3 arch 01).

Como sustento relevante de sus pretensiones manifestó que contrajo matrimonio con el señor Fabio Pérez Rendón (q.e.p.d.) el 19 de julio de 1969, a quién le fue reconocida la pensión de vejez el 10 de julio de 2006 por $2.198.575 mensuales; que su esposo falleció el 14 de febrero de 2010, que dependía económicamente de su esposo por lo que solicitó el reconocimiento pensional ante Colpensiones, quién mediante resolución n°. GNR189497 del 28 de mayo de 2014, negó su solicitud con fundamento en que la sustitución se estaba pagando a la compañera permanente del causante Silvia de Jesús Cerinza Cerinza y a Camilo Andrés Pérez Mejia, hijo del causante (pág. 3 arch 01).

II.TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación, la demanda se admitió el 30 de enero de 2015, ordenando su notificación y traslado a la demandada y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica para el Estado (pág. 46 arch 01)

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (pág. 50 *ídem*).

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido, propuso como excepción previa la falta de integración del contradictorio, solicitando integrar a Silvia de Jesús Cerinza Cerinza y a Camilo Andrés Pérez Mejia, a quienes se les reconoció la sustitución pensional reclamada, en calidad de compañera permanente e hijo del causante. Formuló además las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (pág. 61 *ídem*).

Mediante auto del 29 de julio de 2016, se ordenó la integración de la litis de acuerdo a lo solicitado por Colpensiones (Pág. 72 ídem); mediante auto del 5 de abril de 2017, se dispuso el emplazamiento y la designación de curador en favor de Camilo Andrés Pérez Mejia y Silvia de Jesús Cerinza (Pág. 105 *ídem*). El curador *ad litem* dio contestación a la demanda manifestando no constarle ninguno de los hechos y atenerse a lo resuelto en el proceso, sin formular excepciones (págs. 125-126 *ídem*).

El 4 de febrero de 2019, se celebró la audiencia prevista por el art. 77 del CPTSS (pág. 138 *ídem*); sin embargo, mediante auto del 17 de junio de 2019 se declaró la nulidad de lo actuado a partir del 5 de abril de 2016, de conformidad

con el incidente de nulidad propuesto por la señora Silvia de Jesús Cerinza (pág. 465 y 466 *ídem*).

La señora **Silvia de Jesús Cerinza** presentó su intervención como tercero *ad excludendum*, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, alegando que la demandante Luz Derly Cruz Sanmiguel abandonó el hogar que había conformado con el causante desde el 19 de agosto de 1978, por lo que no cumple los requisitos exigidos para acceder a la pensión de sobrevivientes, y solicitó se declare que la beneficiaria de dicha prestación es la señora Silvia de Jesús Cerinza Cerinza como compañera permanente del señor Fabio Pérez Rendón, sin perjuicio de la proporción que corresponde a los hijos beneficiarios (págs. 160-185 *ídem).*

El 17 de febrero de 2020, el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá emitió sentencia de primera instancia condenando a Colpensiones al reconocimiento proporcional de la pensión de sobrevivientes en favor de las señoras Silvia Cerinza y Luz Derly Cruz (Pág. 498 *ídem)*, sin embargo dicha decisión fue anulada por el Tribunal Superior de Bogotá, quién mediante providencia del 28 de enero de 2021 ordenó integrar al contradictorio a Diana Carolina Pérez Cerinza, hija del causante, quién era menor de edad para el momento del fallecimiento del señor Fabio Pérez (Págs. 530-540 *ídem*).

Una vez integrada a la litis, **Diana Carolina Pérez Cerinza** dio contestación a la demanda principal, oponiéndose a las pretensiones de la señora Luz Derly Cruz y formulando las excepciones de: falta de presupuestos que legitimen el derecho de la cónyuge sobreviviente a la prestación social reclamada, y no reintegro de las sumas canceladas por mesadas reconocidas a Silvia de Jesús Cerinza Cerinza. Adujo que la señora Luz Derly Cruz no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el solo hecho de mantener el vínculo matrimonial vigente, toda vez que ella y el causante se separaron desde el año 1972 (arch. 06).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 21 de abril de 2022, profirió sentencia en la las señoras Silvia de Jesús Cerinza y Luz Derly Cruz Sanmiguel son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor Fabio Pérez Rendón; en consecuencia, condenó a Colpensiones a reconocer sustitución pensional a partir del 21 de

febrero de 2019, a Luz Derly Cruz Sanmiguel, en cuantía equivalente al 25.04% de la mesada pensional, y a Silvia de Jesús Cerinza, en cuantía equivalente al 74.96%, junto con las mesadas adicionales y los respectivos reajustes de ley.

Consideró que tanto Luz Derly Cruz Sanmiguel, como Silvia de Jesús Cerinza, demostraron cumplir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, toda vez que las pruebas documentales y testimoniales aportadas por la señora Silvia Cerinza, dan cuenta clara de la convivencia de esta con el causante desde el año 1982 hasta el año 2010, en tanto que la señora Luz Derly demostró ser la cónyuge del causante y que a pesar de haberse separado, ella continuaba dependiendo económicamente del señor Fabio Pérez.

Concluyó que Luz Derly Cruz Sanmiguel convivió con el causante alrededor de 9 años, desde julio de 1969 hasta agosto de 1978, y Silvia Cerinza, convivió con el causante alrededor de 27 años, desde diciembre de 1982 y hasta el momento de su fallecimiento, el 14 de febrero de 2010, por lo que dispuso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en forma proporcional al tiempo de la convivencia.

Respecto a Diana Carolina Pérez Cerinza, hija del señor Fabio Pérez, indicó que su derecho pensional fue reconocido por el ISS mediante resolución n°. 15876 del 17 de mayo de 2011, al haberse acreditado la calidad de hija menor de edad del causante, y que considerando lo expuesto por Colpensiones en resolución n°. 44548 de 2019 en la que señaló que había cesado el descuento del 25% en favor de Diana Carolina y del 25% en favor de Camilo Andrés (hijos del causante), por haber superado los 25 años de edad, se encontraba que su derecho pensional ya había sido debidamente satisfecho (archs. 11 y 12).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

Silvia de Jesús Cerinza, expuso como fundamento del recurso de apelación que no debería otorgarse la posibilidad de repetir a la señora Luz Derly Cruz, toda vez que las mesadas recibidas por la señora Silvia de Jesús Cerinza, fueron recibidas como tercero de buena fe; así mismo, cuestionó la calidad de cónyuge de la señora Luz Derly Cruz Sanmiguel, resaltando que el matrimonio fue registrado con posterioridad al fallecimiento del causante.

Solicitó considerar el actuar de mala fe de la demandante, quién omitió notificar en debida forma a la señora Silvia Cerinza, dilatando el trámite del presente proceso, y registró el matrimonio contraído con el causante solo cuando éste ya había fallecido; destacando que conforme a la legislación colombiana, los actos susceptibles de registro solo tienen efectos a partir de su inscripción, por lo que afirma que para el momento de causación de la pensión de sobrevivientes, esto es, el fallecimiento del causante, la señora Luz Derly Cruz no ostentaba la calidad de cónyuge del señor Fabio Pérez, por lo que concluye que no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y en consecuencia solicita se revoque el reconocimiento pensional efectuado en favor de la señora Luz Derly Cruz (min. 1:40:36 arch. 11).

Diana Carolina Pérez Cerinza, interpuso el recuso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, con fundamento en que aunque con las pruebas documentales aportadas se demostró que la demandante contrajo matrimonio con el señor Fabio Pérez el 19 de julio de 1969, no se acreditó el requisito de convivencia exigido para acceder a la pensión de sobrevivientes, puesto que en diligencia de interrogatorio de parte, la señora Luz Derly Cruz aceptó haber abandonado el hogar en 1972, con lo que la convivencia se reduciría al término de 3 años.

Igualmente, debatió lo afirmado por la demandante respecto a que dependía económicamente del causante, resaltando que la señora Luz Derly Cruz reconoció haber abandonado su hogar y a su hijo, para sostener una relación extramatrimonial estable y duradera, como se demostró con las documentales allegadas y con lo expuesto por ella, respecto a que trabajaba para encargarse de su propio sustento.

Finalmente adujo que el *a quo* omitió pronunciarse respecto de la excepción formulada, en relación con el no reintegro de las sumas canceladas por concepto de mesadas pensionales a la señora Silvia de Jesús Cerinza (min. 1:50:13 arch. 11).

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 2 de junio de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 15

del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 03 C02).

En tal sentido, presentaron alegaciones de instancia Silvia de Jesús Cerinza, Diana Carolina Pérez Cerinza y Colpensiones, reiterando los argumentos expuesto en los recursos formulados. (archs. 04, 06 y 08 C02).

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico establecer si se encuentran acreditados los requisitos por parte de Luz Derly Cruz Sanmiguel para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada por el señor Fabio Pérez, o si como alegan los recurrentes no se demostró su calidad de cónyuge, ni la convivencia exigida por la ley.

Se encuentra acreditado dentro del plenario **i)** que Fabio Pérez Rondón falleció el 14 de febrero de 2010 (Pág. 12 arch. 01); **ii)** que para la fecha de su muerte se encontraba disfrutando de la pensión de vejez reconocida por el ISS mediante resolución n°. 3430 del 1 de febrero de 2007 (Págs. 17-18 *ídem*); **iii)** que la demandante Luz Derly Cruz nació el 9 de julio de 1949 y para la fecha de deceso del causante tenía más de 30 años (Págs. 17-18 *ídem*); **iv)** que Colpensiones negó el reconocimiento pensional reclamado, mediante resoluciones n°. GNR 189497 del 28 de mayo de 2014 y GNR 67923 del 10 de marzo de 2015 (Págs. 29-33 Y 67-73 *ídem*); **v)** que mediante resolución ISS n°. 015876 del 17 de mayo de 2011, se sustituyó la pensión de vejez del señor Fabio Pérez Rondón a la señora Silvia de Jesús Cerinza Cerinza, en su calidad de compañera permanente y a los entonces menores, Camilo Andrés Pérez y Diana Carolina Pérez Cerinza; **vi)** que en cumplimiento a lo ordenado por el *a quo* mediante auto del 18 de septiembre de 2018, Colpensiones suspendió el pago del 50% de la pensión de sobrevivientes pagada a la señora Silvia de Jesús Cerinza, mediante resolución n°. SUB 44548 del 21 de febrero de 2019 (págs. 148-151 *ídem*); y **vii)** que Diana Carolina Pérez Cerinza, nació el 29 de julio de 1994 (Pág. 266 *ídem).*

Los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, modificatorios de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, disponen que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o

invalidez que fallezca, determinando que esos beneficiarios son en primer lugar el cónyuge o el compañero o compañera permanente supérstite, siempre y cuando a la fecha del fallecimiento tengan 30 o más años de edad y, se demuestre haber convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos, los que en caso de la cónyuge pueden ser en cualquier tiempo y en caso de la compañera permanente deben ser con anterioridad a la muerte del causante (CSJ SL 2829 de 2022, CSJ SL 2767 de 2022).

Así las cosas, en el caso bajo estudio es lo primero verificar si se demostró la calidad de cónyuge de la señora Luz Derly Cruz Sanmiguel, y de compañera permanente de la señora Silvia de Jesús Cerinza:

En este sentido, encuentra la Sala que no existe duda alguna respecto a la calidad de compañera permanente de la señora Silvia de Jesús Cerinza, ni a que convivió con el señor Fabio Pérez Rondón, durante los 27 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, toda vez que esta situación se demostró con las pruebas documentales allegadas al expediente, tales como: la escritura pública No 0799 del 3 de marzo de 2008, que muestra que la pareja compró un bien inmueble; el registro civil de nacimiento de Diana Carolina Pérez Cerinza, que muestra que tuvieron una hija en común; la carta remitida por el causante al ISS, precisando que la señora Silvia Cerinza era su compañera y que en caso de su fallecimiento, la pensión le debía ser reconocida a ella; las certificaciones expedidas por Migración Colombia, que muestran que la pareja realizó diversos viajes familiares entre 2003 y 2009; la carta de afiliación a Medplus, en el que se informa que el grupo familiar estaba constituido por el causante, la señora Silvia Cerinza y su hija, Diana Pérez; y las fotos familiares aportadas, entre otros.

Aunado a lo anterior, las declaraciones rendidas por Miguel Ángel Colorado Pérez, sobrino del causante, quién manifestó conocer a la señora Silvia Cerinza por ser la pareja de su tío, madre de su prima Diana Carolina, y precisó que siempre estuvieron juntos, sin haberse separado en ningún momento; y por las señoras Ana Tilde Lara Moncada y María Nora Duque Hernández, quienes informaron que conocieron la pareja conformada por el señor Fabio Pérez y Silvia Cerinza desde 1982, que saben que conformaron un hogar sólido con la hija en común, Diana Carolina y el hijo del causante, Luís José; que durante el tiempo que los conocieron, nunca se separaron, que vivieron juntos en Bogotá, San Francisco (Cundinamarca) y nuevamente en Bogotá; que fue la señora Silvia

quién lo cuido y acompañó durante su enfermedad, así como quién se encargó de todos los trámites relacionados con el sepelio del causante.

Finalmente, se encuentra que la misma demandante Luz Derly Cruz Sanmiguel, en diligencia de interrogatorio de parte, se refirió a Silvia Cerinza como la señora del causante, reconociendo que tenía conocimiento de la relación de pareja que existía entre ellos, con lo que es absolutamente clara y se encuentra suficientemente demostrada, la calidad de compañera permanente del causante, que ostentó la señora Silvia de Jesús Cerinza; así como que dicha relación y convivencia se mantuvo desde diciembre de 1982, hasta el fallecimiento del señor Fabio Pérez, el 14 de febrero de 2010.

Respecto a la calidad de cónyuge alegada por la señora Luz Derly Cruz Sanmiguel, se tiene que a pesar de que la demandante aportó registro civil de matrimonio, en el que consta que contrajo matrimonio con el señor Fabio Pérez Rondón el día 19 de julio de 1969 (Pág. 11 arch. 01), el recurrente cuestiona los efectos del mencionado documento y la calidad de cónyuge en sí misma, debido a que en el citado registro se indica que la inscripción del matrimonio fue realizada hasta el día 28 de julio de 2010, es decir con posterioridad al fallecimiento del causante.

Al respecto, encuentra la Sala que si bien el art. 68 del Decreto Ley 1260 de 1970, prevé que las actas de matrimonio expedidas por las autoridades religiosas deben inscribirse en la Oficina de Registro del Estado Civil del lugar de su celebración, y el art. 107 de la misma norma, indica que «*Por regla general ningún hecho, acto o providencia relativos al estado civil o la capacidad de las personas, y sujeto a registro, surtirá efecto respecto de terceros, sino desde la fecha del registro o inscripción*», el hecho de que la inscripción del matrimonio no se haya efectuado inmediatamente después de su celebración, no desconoce el acto jurídico de matrimonio, el que tiene plena validez y surte efectos a partir de su celebración (art. 115 CC).

Al efecto, vale recordar que el registro del acto matrimonial lo que permite de una parte es contar con la prueba solemne para demostrar la existencia del matrimonio, y de otra, permite que el acto o contrato de matrimonio sea oponible a terceros, en este sentido y tratándose del caso bajo estudio, tenemos que la señora Luz Derly Cruz, contrajo matrimonio con el causante desde el 19 de julio de 1969 y desde dicha fecha ostentaba la calidad de cónyuge del señor Fabio

Pérez, sin embargo, legalmente solo podía alegar dicha calidad una vez inscrito el matrimonio en el registro civil.

En este caso, alega el recurrente que dicho registro solo se hizo el 28 de julio de 2010, sin embargo, en interrogatorio de parte rendido por la señora Luz Derly Cruz Sanmiguel, ella expuso que contrajo matrimonio el 19 de julio de 1969, que inscribió el matrimonio con posterioridad y antes de la muerte del causante, pero que debió corregir el registro en el que se inscribió el matrimonio, debido a un error en su nombre, ofreciendo allegar al proceso el registro anterior, sin embargo, ninguna de las partes intervinientes, ni el *a quo* solicitaron allegar o aclarar la fecha de inscripción del matrimonio.

Observa la Sala que lo afirmado por la demandante guarda relación con las anotaciones visibles en el registro civil de nacimiento de la accionante, en las que se indica que el 27 de abril de 2010 se adelantó trámite de reposición, por el que se reemplazo el registro A-0980155553 del 14 de noviembre de 1969 (Pág. 16 arch. 01), y que en todo caso, la señora Cruz Sanmiguel ostentaba la calidad de cónyuge del señor Fabio Pérez desde 1969, que nunca adelantaron proceso de divorcio, por lo que para para la fecha de fallecimiento del causante el vínculo matrimonial se encontraba vigente, y que para cuando la señora Luz Derly Cruz Sanmiguel quiso alegar ante terceros su calidad de cónyuge del causante, esto es, para el momento en el que solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional, el matrimonio ya había sido registrado y se contaba con la prueba solemne exigida.

Así mismo, es oportuno traer a colación lo previsto por la CSJ SL 2721 de 2022, respecto a que si bien «*los matrimonios celebrados a partir de la vigencia de la Ley 92 de 1938 y hasta el 5 de agosto de 1970 se comprueban con el registro civil o las actas eclesiásticas, mientras que aquellos oficializados con posterioridad a esta última fecha, únicamente con el registro civil. No obstante, dicho escenario admite una salvedad, que se da cuando el hecho objeto de prueba solemne no es controvertido en juicio y admitido por las partes, evento en el que resulta innecesario allegar el documento establecido por la ley para su acreditación».*

Lo anterior, para resaltar que en el caso de marras no se cuestionó la calidad de cónyuge de la señora Luz Derly Cruz Sanmiguel en curso del trámite de primera instancia, por el contrario, en la contestación a la demanda e intervención presentada por la señora Silvia Cerinza se aceptaron los 3 primeros

hechos de la demanda, relacionados con el matrimonio y calidad de cónyuge de la accionante y se expusieron como hechos de la demanda de intervención ad excludendum los siguientes: «*1. La señora LUZ DERLY CRUZ SANMIGUEL contrajo matrimonio con el señor FABIO PÉREZ RONDÓN, el día 19 de julio de 1969. 2. Dicha pareja procreó un hijo de nombre LUÍS JOSÉ PÉREZ CRUZ. 3. La convivencia solo se mantuvo hasta el día 19 de agosto de 1978 (…)».* A su vez, en la contestación presentada por Diana Carolina Pérez, se aceptaron también los 3 primeros hechos de la demanda, reconociendo a la señora Luz Derly Cruz Sanmiguel como cónyuge del causante.

Así las cosas, se observa que la señora Luz Derly Cruz Sanmiguel demostró ostentar la calidad de cónyuge del señor Fabio Pérez Rondón desde el 19 de julio de 1969 y que dicho vínculo marital estuvo vigente hasta la fecha de fallecimiento del causante, puesto que aportó el registro civil de matrimonio exigido, para cuando alegó tal calidad, el matrimonio se encontraba debidamente inscrito, y en todo caso, el matrimonio mencionado y su calidad de cónyuge fue aceptada por los demás litisconsortes, sin que el momento del registro reste validez al acto jurídico.

Aclarada la calidad de cónyuge de la demandante, resta verificar si la señora Luz Derly Cruz Sanimguel acreditó el requisito de convivencia exigido para la procedencia del reconocimiento pensional deprecado, el que como ya se mencionó, tratándose de la cónyuge exige demostrar la convivencia durante un período de 5 años continuos en cualquier tiempo.

Frente a este requisito, observa la Sala que si bien la demandante allegó al proceso una declaración extra procesal rendida por la señora Claudia Luna Aguirre y se escuchó el testimonio de la señora Shirley Linares, quienes afirmaron conocer la pareja conformada por los señores Fabio Pérez Rondón y Luz Derly Cruz, hace más de 15 años y que sabían que habían convivido hasta la fecha del fallecimiento del causante, dichas declaraciones no generan credibilidad toda vez que contradicen lo expuesto por la misma demandante, quién en la declaración rendida ante notario público, expuso haber convivido con el causante entre el 19 de julio de 1969 y el 19 de agosto de 1978 (pág. 20 arch. 01) y si bien faltó a la verdad en dicha declaración, al afirmar que habían retomado la convivencia desde el 16 de agosto de 1990 y hasta el fallecimiento del causante, en diligencia de interrogatorio de parte reconoció haber abandonado el hogar conformado con el causante en 1978.

Ahora bien, alega el apoderado de Diana Carolina Pérez que la demandante demostró haber convivido con el señor Fabio Pérez únicamente 3 años, entre 1969 y 1972, afirmación que sustenta en las respuestas dadas por la señora Luz Derly Cruz Sanmiguel en diligencia de interrogatorio de parte, en las que a las preguntas formuladas por él en relación con que abandonó el hogar familiar o a su hijo menor de edad en 1972, ella aceptó dicha fecha como fecha de terminación de la convivencia marital con el causante.

No obstante, de la revisión del interrogatorio de parte mencionado, se colige que si bien la señora Luz Derly Cruz dio respuesta a las preguntas previamente mencionadas, aceptando haber dejado el hogar familiar en 1972, las preguntas formuladas hacían énfasis en las situaciones de abandono y no en el año, por lo que lo realmente reconocido por ella, es que fue ella quien decidió irse del hogar y que fue ella quien dejó a su hijo al cuidado de su padre; sin embargo, en una de esas mismas respuestas, la señora Cruz Sanmiguel aclara que no se fue a los 2 o 3 años de convivencia, toda vez que cuando se fue de casa, terminando así la convivencia, su hijo ya tenía aproximadamente 8 años de edad y se encontraba en el Colegio, por lo que no puede aceptarse como pretende el recurrente, que la convivencia reconocida por la demandante fue de tan solo 3 años.

Aunado a lo anterior, cabe resaltar que la convivencia alegada por la señora Luz Derly Cruz Sanmiguel por el período comprendido entre el 19 de julio de 1969 y el 19 de agosto de 1978, fue aceptada por la señora Silvia de Jesús Cerinza, quién como compañera permanente del señor Fabio Pérez Rondón, adujo en el presente proceso que la señora Cruz Sanmiguel contrajo matrimonio con el causante en julio de 1969 y mantuvo la convivencia con el causante hasta el mes de agosto de 1978, y en diligencia de interrogatorio de parte, señaló que su compañero, el señor Pérez Rondón, le había contado que había convivido con la demandante desde que se casaron hasta 1976.

Teniendo en cuenta que tanto la demandante como la interviniente *ad excludendum* cumplieron con la totalidad de los requisitos legales para acceder al derecho pretendido, la primera demostrando su calidad de cónyuge y una convivencia de 9 años, y la segunda su calidad de compañera permanente y una convivencia de 27 años, la decisión adoptada por el *a quo* se confirmará en su integridad.

Por último y considerando la manifestación del apoderado de Diana Carolina Pérez Cerinza, hija del causante, respecto a que el *a quo* no se pronunció frente a la excepción denominada «*no reintegro de las sumas canceladas por concepto de mesadas pensionales a la señora Silvia de Jesús Cerinza»,* encuentra la Sala que la integrada a la litis carecía de legitimación en la causa para formular dicha excepción, puesto que si bien es hija del causante y de la señora Silvia de Jesús Cerinza, la defensa y representación judicial de su madre fue ejercida por ella, mediante el apoderado judicial que ella contrató para tal fin, por lo que las excepciones en favor de la señora Silvia de Jesús Cerinza debían ser propuestas por ella y su apoderado.

En el mismo sentido, cabe precisar que el derecho a la pensión de sobrevivientes de Diana Carolina Pérez Cerinza, no fue objeto de controversia, fue reconocido aún en sede administrativa por el entonces Instituto de los Seguros Sociales, dada su calidad de hija menor de edad del causante y persistió durante el tiempo previsto por la ley, cesando por el hecho de que siendo mayor de edad terminó sus estudios e inició a laborar.

Así mismo, es oportuno señalar que el *a quo* no emitió orden alguna de la que se derive que la señora Silvia de Jesús Cerinza deba reintegrar cualquier suma de dinero a la demandante Luz Derly Cruz, lo que guarda relación con el hecho de que la pensión de sobrevivientes en favor de esta última, fue reconocida a partir del 21 de febrero de 2019 y que mediante auto del 18 de septiembre de 2018 (Pág. 127 arch. 01), el *a quo* ordenó la suspensión del pago del 50% de la mesada pensional, suspensión que se materializó mediante resolución n°. SUB 44548 del 21 de febrero de 2019 (Pág, 147 arch. 01).

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EvU7RKtDjxJNkXFJddM4nQABvQBjsozDK9mRptwzs1k3AQ?e=CUrZN1

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: **9994b56e03cf0a10738c8cb564fa725febab3db57ba1472bb578ce74f1795d54**
Documento generado en 17/08/2023 11:31:04 AM

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

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **009 2021 00264** 01
DEMANDANTE: DIANA VICTORIA GUTIÉRREZ TRIANA
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA.

Bogotá DC, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022, por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia de las afiliaciones con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías Davivir SA hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA y la de Colfondos SA Pensiones y Cesantías efectuadas el 24 de abril de 1998 y el 1° de febrero de 2001; que como consecuencia de ello, se ordene a esta última a trasladar todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos causados, al RPMPD administrado por Colpensiones (pág. 190, arch. 1, C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 25 de noviembre de 1967, que a la fecha de la presente acción tiene 53 años de edad; realizó cotizaciones al extinto ISS desde el 1° de agosto de 1996 hasta el 23 de septiembre de 2001; fue trasladada al RAIS el 24 de abril de 1998 con la AFP Davivir SA hoy Protección SA, fecha en la cual no reunía el requisito de permanencia de 3 años en el RPMPD, del que habla el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993; el formulario fue diligenciado como una vinculación inicial mas no como un traslado de régimen pensional; para el 1° de febrero de 2001 fue afiliada a Colfondos SA; resaltó que en ninguna de estas afiliaciones le informaron el derecho de retracto mencionado en el art. 3 del Decreto 1161 de 1994; tampoco le suministraron una asesoría profesional completa, clara, suficiente, cierta y oportuna que le permitiera conocer las características, condiciones y riesgos del RAIS y compararlos con el RPMPD.

Por otro lado, mediante escrito del 9 de marzo de 2021, solicitó a Colfondos SA y a Protección SA, anular su afiliación al RAIS y expedir copia de los documentos; que el 23 de marzo del mismo año Colfondos SA le indicó que este traslado no era viable, y para el 24 de marzo del año en mención, Protección SA manifestó que mientras no exista pronunciamiento de una autoridad competente que declare que la afiliación realizada es nula, no podrá acceder a sus pretensiones.

De igual forma, con radicado n.° 20213090503 del 16 de marzo de 2021 solicitó a Colpensiones tenerla como afiliada sin solución de continuidad de acuerdo al art. 271 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia recibir de Colfondos SA el total del capital acumulado por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados; que en respuesta a dicha solicitud, a través del oficio n.° BZ2021_3114521-0666751 el 16 de marzo de 2021 esta entidad le indicó que no era posible realizar el traslado en cumplimiento a la Ley 797 de 2003 art. 2° literal e (págs. 190 – 192, arch. 1, C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 2 de noviembre de 2021 se admitió la demanda y se ordenó la notificación y traslado a las demandadas (arch. 2, *ídem*) entidades que dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones se opuso a la totalidad de pretensiones, invocando como medios de defensa las excepciones que denominó, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción (págs. 12 – 18, arch. 5, C01).

Colfondos SA se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones 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 del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (págs. 15 – 17, arch. 6, C01).

Protección SA se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones de mérito, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, inexistencia de afiliación previa al régimen de prima media, imposibilidad de declaratoria de nulidad por inexistencia de situación anterior (págs. 12 – 18, arch. 7, C01).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (arch. 9, *ídem*).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 17 de noviembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante a la AFP Davivir SA hoy Protección SA el 24 de abril de 1998; condenó a Colfondos SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores generados por concepto de aportes, frutos y rendimientos que se encuentren en la cuenta individual de la señora Diana Victoria Gutiérrez Triana, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones; condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra.

En síntesis, expuso que no se puede establecer que la AFP Davivir SA hoy Protección SA, al momento del tránsito al RAIS efectuado por la demandante, que tuvo lugar en el año 1998, le hubiere indicado las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, pues en los términos explicados por el Tribunal de cierre de esta jurisdicción, para demostrar el cumplimiento del deber de información ordenado en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, no basta con la manifestación que quedó plasmada en el texto del formulario de afiliación firmado y tampoco con que únicamente se le hubieran puesto de presente de manera muy general algunas de las peculiaridades de dicho régimen, circunstancia que, impidió que la demandante contara con elementos de juicio suficientes para determinar, según sus intereses, qué le resultaba más benéfico en su caso, y de ese modo, expresar su voluntad de manera informal, carga probatoria que se encontraba en cabeza de la administradora privada.

Respecto a la excepción de prescripción, que sobre este aspecto de la sentencia SL2601-2021 reiteró la postura sentada por esa corporación al indicar que «*los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales en cualquier tiempo para que por esa vía se reconozca cuál de tales regímenes se encuentran afiliados. En definitiva, la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa, y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del*

Derecho irrenunciable a la Seguridad Social».

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y no se decrete la ineficacia solicitada, a razón de que no existen elementos que vicien el consentimiento, ya que no había una expectativa legítima, como quiera que a la hora del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión; además que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder a su regreso en cualquier tiempo, como lo manifiesta la sentencia SU 130 del 2013, por ello deberá someterse a los mandatos del Sistema General de Pensiones al cual se encuentra afiliada, aunado a que existió un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que la misma decidió continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 14 de febrero de 2023, se admitió el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C02).

Colpensiones presentó alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, en la contestación y en la alzada (arch. 5 y 6, C02).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los

actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 26 de noviembre de 1962, (pág. 137, arch. 1, C01) ***ii)*** se afilió al extinto ISS donde efectuó cotizaciones entre el 1° de agosto de 1996 y el 30 de abril de 1998 para un total de 86.57 semanas (arch. 10, *ídem*); ***ii)*** el 24 de abril de 1998 se trasladó al RAIS administrado por Davivir SA hoy Protección SA con fecha de efectividad desde el 25 de abril de esa anualidad (págs. 24 arch. 7, C01); ***iii)*** el 16 de octubre

de 2001 se trasladó a Colfondos SA, con efectividad desde el 1° de diciembre del mismo año, (pág. 20, arch. 6, *ídem*) administradora a la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1043.43 semanas cotizadas conforme las historias laborales consolidadas y la certificación emitida por la mencionada AFP el 23 de marzo de 2021 (págs. 165-180 arch. 1, C01).

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

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

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

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

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en

sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

> Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.
>
> La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.
>
> La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
>
> Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.
>
> Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
>
> Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.
>
> En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.
>
> No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

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

> Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de

transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Davivir SA hoy Protección SA, con fecha de efectividad el 25 de abril de 1998, y si bien en el formulario de vinculación n.° 639401 hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, y que se le brindó información, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

> "(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."

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

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»* que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se

> memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

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

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Davivir SA hoy Protección SA, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 24 de abril de 1998 con efectividad el 25 de abril de esa anualidad con su afiliación a la AFP Davivir SA hoy Protección SA.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también

los traslados posteriores, en este caso a la AFP Colfondos SA, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia, para ordenar a las AFP demandadas, la devolución de lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, "(…) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*[1], por lo que resulta acertada la decisión de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

[1] CSJ SL1688-2019.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022, por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tando **Colfondos SA Pensiones y Cesantías** como la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección SA,** deberán devolver también, con destino a Colpensiones, los valores descontados de los aportes efectuados con ocasión de la vinculación de la demandante, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkfimDzMvjJMjhiXgDdq41gBYDkkfQ5XsBCfrFS-jhjo1Q?e=a9f0UY

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: **888d5a49d8a8496d3dc6893e823fc14672b8727c68a9f169d23b835b0fe11b51**

Documento generado en 17/08/2023 11:31:02 AM

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

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **025 2019 00941** 01
DEMANDANTE:	MARÍA LIMBANIA BETANCOURT
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Bogotá DC, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 1° de junio de 2022, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que ostenta la calidad de compañera permanente del causante Hernando Ospina Henao; en consecuencia, se condene a Colpensiones a pagar la pensión de sobrevivientes desde el momento de su causación, junto con el pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre, la indexación del valor inicial de la pensión y los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 (pág. 15 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones señaló que convivió con Hernando Ospina Henao en calidad de compañera permanente, bajo el mismo techo, lecho y mesa desde mayo de 1981 hasta el 7 de noviembre de 2016 día del deceso de su compañero; de dicha unión se procrearon 2 hijos: Edison Javier y

Néstor Hernando Ospina Betancourt, quienes nacieron el 28 de diciembre de 1980 y el 15 de octubre de 1986; Colpensiones le reconoció al causante una indemnización sustitutiva de $21.639.885 mediante Resolución GNR 343144 de 2015 y con posterioridad a ello, continuó cotizando, hasta completar 728 semanas en toda su vida laboral; con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente quedó desamparada como quiera que él solventaba los gastos del hogar, por ende, su situación económica es muy precaria al no contar con recursos propios. Indicó que solicitó la pensión de sobrevivientes a Colpensiones, quien la negó mediante Resolución SUB 21034 de 2019 debido a la indemnización sustitutiva que cobró en vida su compañero permanente, decisión que tras ser apelada, fue confirmada (págs. 2, 3 arch. 1 C01).

II.TRÁMITE PROCESAL

Inicialmente la demanda correspondió por reparto al Juzgado 4° Laboral del Circuito de Ibagué, Tolima, quien mediante auto del 1° noviembre de 2019 rechazó la demanda por falta de competencia territorial y la remitió a los juzgados laborales del circuito de esta ciudad (pág. 60 arch. 1 C01), correspondiéndole por reparto al Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, quien avocó conocimiento el 31 de enero de 2020 (arch. 4 C01).

Previa subsanación, se admitió la demanda mediante auto del 11 de marzo de 2020, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (arch. 6), quien la contestó con oposición a lo pretendido con el argumento de que el afiliado no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, aunado a que se le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, al ternor de lo dispuesto en el Decreto 1730 de 2001, así que propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (págs. 2-8 archs. 11, 13 *ídem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 1° de junio de 2022, condenó a Colpensiones al pago de la pensión de sobrevivientes a la demandante desde el 7 de noviembre de 2016, en cuantía inicial de $689.455 cuyo retroactivo asciende a esa data a $64.798.130, *«suma que deberá ser indexada al momento de su pago»*, junto con los intereses moratorios del art. 141

de la Ley 100 de 1993 que a la fecha de la sentencia fueron liquidados en $15.949.014 «con la tasa vigente al momento del pago»; declaró no probada la excepción de prescripción; autorizó a Colpensiones descontar la indemnización sustitutiva de manera indexada así como los aportes a salud e impuso costas a su cargo.

Motivó lo decidido en que el causante cotizó 728 semanas en toda su vida laboral desde 1985 hasta el 2016 y cobró la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, sin embargo, según la jurisprudencia ordinaria laboral ello no es óbice para el reconocimiento de la prestación reclamada en la medida en que resulta ser una prestación provisional, aunado a que en el expediente se completaron las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al deceso del afiliado y la demandante acreditó su calidad de beneficiaria al tenor de lo dispuesto en los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con las declaraciones traídas a juicio con quienes demostró su convivencia y la dependencia económica hasta el momento del deceso del causante y por más de 14 años.

Indicó que ninguna de las mesadas que hacen parte del retroactivo se encuentran afectadas del fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el fallecimiento del afiliado ocurrió el 7 de noviembre de 2016, la reclamación se elevó el 11 de diciembre de 2018, y la demanda se radicó el 22 de abril de 2019. La demandante tiene derecho a 14 mesadas anuales por no superar 3 SMLMV, las cuales deberán ser pagadas en forma indexada mes a mes desde el 7 de noviembre de 2016 hasta cuando se verifique su pago.

No obstante lo anterior, señaló que los intereses moratorios son procedentes «*sobre las sumas que se están reconociendo por concepto de mesadas pensionales retroactivas, de conformidad con el ar. 141 de la Ley 1993, los cuales se liquidarán mes a mes a la tasa máxima vigente fijada por la Superintendencia Financiera de Colombia para la fecha del pago (…)que a la fecha ascienden a un valor retroactivo pensional aquí reconocido y ascienden a la suma de $15.949.014 hasta la fecha en que se ha cancelado el mismo*», siendo procedente el descuento indexado de lo pagado por la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (archs. 20, 21 C01).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada insiste en que al causante le fue reconocida una indemnización sustitutiva, lo que hace incompatible la pensión de sobrevivientes ordenada, aunado a que únicamente cotizó 728 semanas sin ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que no dejó causado el derecho a la pensión de vejez ni a la de sobrevivientes, que corresponde a una contingencia distinta a la prestación otorgada; solicita se revoquen los intereses moratorios, pues resultan ser accesorios a la pretensión principal que no resulta procedente, así como tampoco lo son las costas procesales, dado que el dinero que financia el sistema general de pensiones en el RPMPD no es posible usarlo para otras situaciones, ya que se generaría un detrimento en el patrimonio de Colpensiones y de sus afiliados.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso de apelación; y, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4 C02), quienes guardaron silencio (arch. 5 *ídem)*.

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si resulta procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante, a pesar de que el causante disfrutó en vida de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y si son procedentes los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 y la imposición de costas procesales a cargo de la demandada.

Está al margen de la discusión que: ***i)*** al causante Hernando Ospina Henao le fue reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en Resolución GNR 343144 del 30 de octubre de 2015 expedida por Colpensiones, la cual fue calculada sobre 696 semanas de cotización a 30 de junio de dicha anualidad y en una suma que ascendió a $21.639.885, pagadera mediante consignación bancaria en el Banco Popular realizada con la nómina de noviembre de 2015 (arch. 12.1); ***ii)*** según el último reporte de semanas cotizadas en

pensiones actualizado a 3 de marzo de 2016 cotizó entre el 13 de febrero de 1985 y el 30 de junio de 2015 un total de 696.71 semanas (arch. 12.1); ***iii)*** falleció el 7 de noviembre de 2016 a sus 68 años de edad, pues nació el 24 de diciembre de 1947 (págs. 19, 20, 46 arch. 1, págs. 21, 22 arch. 12.2, arch. 12.1 C01); ***iv)*** María Limbana Betancourt nació el 5 de mayo de 1953, por lo que a la fecha del deceso del causante, contaba con 63 años de edad (pág. 18 arch. 1, págs. 20 arch. 12.2, arch. 12.1 C01).

La norma aplicable para resolver la controversia, es la vigente a la data de la muerte del causante, esto es, los arts. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL17521-2016, CSJ SL15873-2017, CSJ SL1362-2019, CSJ SL3348-2021, CSJ SL4958-2021 y CSJ SL2538-2021), según los cuales, para el caso, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando este hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento, y son beneficiarios de la prestación en forma vitalicia, entre otros, el (a) cónyuge o compañero (a) permanente supérstite que a la fecha de la muerte del causante tenga 30 o más años de edad.

Lo anterior, conforme a criterio vigente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual la convivencia mínima de 5 años para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge o compañero permanente, es exigible únicamente cuando el causante de la prestación es un pensionado; aserto al que llegó tras analizar lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, en armonía con la exposición de motivos de la disposición y los fines de la pensión de sobrevivientes, para fijar así su verdadero alcance, el cual fue acogido de forma mayoritaria, en las sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL3785-2020, CSJ SL4606-2020, CSJ SL36266-2020, CSJ SL5270-2021, CSJ SL489-2021, CSJ SL1905-2021, CSJ SL4318-2021, CSJ SL2222-2021, y CSJ SL5270-2021.

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones y para ello insistió tanto en las Resoluciones n° SUB 21034, SUB 63340 y DPE 1903 todas de 2019 (págs. 25-38 arch. 1, págs. 27- 39 arch. 12.2, arch. 12.1 C01), como en la contestación a la demanda y el recurso de apelación, que la demandante no es beneficiaria de la prestación en discusión, debido a que al causante se le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; sin embargo, en

dichos actos administrativos se admitió que el afiliado completó 728 semanas entre el 13 de febrero de 1985 y el 31 de octubre de 2016, debido a que del 1° de enero al 1° de mayo de 2016 cotizó como trabajador dependiente y del 1° de julio al 30 de octubre del mismo año como independiente, por ende, el compañero permanente no dejó causada la prestación en tanto que cobró en vida la mencionada indemnización, así que le negó la pensión de sobrevivientes a la demandante.

En este punto ha de advertirse que el razonamiento de la entidad no puede tenerse en cuenta, como quiera que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido de manera reiterada la procedencia de la pensión de invalidez y de la pensión de sobrevivientes, cuando el afiliado recibió una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por cuanto se trata de riesgos distintos, sin que se incurra en la prohibición contenida en el lit. j) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual, lo ha considerado posible, aun cuando deban tenerse en cuenta las mismas semanas que sirvieron para la liquidación de la indemnización referida, que se traduce en un título provisional que hace procedente la figura jurídica de la compensación, de ahí que no impida el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia porque ambas prestaciones no son incompatibles y la afiliación al sistema no desaparece con el pago de tal indemnización (CSJ SL 20 nov. 2007 rad. 30123, CSJ SL11234-2015, CSJ SL3784-2019, CSJ SL1021-2022).

Así las cosas, es posible establecer que en el presente caso, el afiliado dejó causada la pensión de sobrevivientes que reclama la demandante, pese a que recibió con anterioridad el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues conforme se indicó, acreditó más del mínimo de semanas requeridas para la causación de la prestación por muerte, y que además, las cotizadas entre el 1° de enero y el 30 de octubre de 2016 no fueron incluidas en la indemnización reconocida, completando entonces en los últimos 3 años anteriores al fallecimiento 76.14 semanas de cotización.

En consecuencia, le corresponde a esta Sala determinar si la demandante acreditó la calidad de beneficiaria de la prestación analizada en los términos legales y jurisprudenciales a los que atrás se hizo referencia.

Así las cosas, está demostrado que la demandante y el causante procrearon 2 hijos: Edison Javier y Néstor Hernando Ospina Betancourt, nacidos el 28 de

diciembre de 1980 y el 15 de octubre de 1986 respectivamente (págs. 21, 22 arch. 1, págs. 23, 24 arch. 12.2).

María Olivia Ramírez Cardona y César Augusto Torres, declararon en estrados ser amigos y vecinos de la demandante y el causante en Cajamarca, Tolima, de manera que conocen a la pareja hace 40 años aproximadamente, y a los hijos que tuvieron de quienes mencionaron su nombre; indicaron que la demandante siempre dependió económicamente del causante, porque era él el único que trabajaba y ella siempre fue ama de casa para criar a sus hijos, hoy mayores de edad; también les consta que la demandante y el causante siempre convivieron en la misma casa hasta el momento del fallecimiento de este último (archs. 18, 19 C01).

María Cristina Morales Caicedo, nuera de la demandante y el causante por ser esposa de su hijo menor Néstor Hernando Ospina Betancourt, informó en audiencia que le consta que sus suegros convivieron por lo menos durante 14 años, y siempre el causante aportó el sustento económico del hogar con su trabajo, lo que afirmó porque desde hace 11 años aproximadamente tanto Néstor como ella viven cerca de la casa de sus suegros y siempre pudo observar lo que la demandante recibía del causante (archs. 18, 19 C01); lo cual se encuentra coherente con la declaración extrajuicio que elevó ante la Notaría Única del Círculo de Cajamarca, Tolima el 5 de diciembre de 2018 junto con Adiela Vanegas Betancourt, en donde ambas manifestaron bajo la gravedad del juramento, residir para la fecha en dicho municipio, y en tal virtud, conocer a la demandante y a su pareja desde por lo menos 20 años atrás, motivo por el que les consta que la demandante convivió y compartió el mismo techo, lecho y mesa por más de 37 años desde 1981 hasta la fecha del fallecimiento del causante y de manera ininterrumpida; que el causante falleció en el mencionado municipio; que la pareja tuvo 2 hijos mayores de 33 y 37 años de edad; que la demandante dependía única y exclusivamente de su compañero permanente y de sus ingresos, quien no tuvo otra pareja ni más hijos (pág. 39 arch. 1, arch. 12.1).

Dicha declaración extrajuicio fue radicada en vía administrativa por la demandante ante Colpensiones y coincide con las narraciones efectuadas por ella ese día en el mismo despacho Notarial (págs. 41, 42 arch. 1), así como en la carta radicada el 24 de febrero de 2017 con el n° 20172022838GK en vía administrativa a Colpensiones, con el fin de obtener la *«devolución de los aportes»* de su compañero permanente fallecido, al indicar que por más de 36 años convivieron

en unión libre en Cajamarca (arch. 12.1). Adicional a ello, de la documental que fue aportada en el expediente administrativo, se verifica que el causante siempre indicó como dirección de correspondencia la Carrera 7 n° 12-28 de Cajamarca, Tolima, misma que la accionante indicó como su dirección de domicilio tanto en Colpensiones como en el capítulo de notificaciones del libelo introductor (archs. 1, 12.1 C01).

De manera que, con las pruebas reseñadas se encuentra que, los relatos de quienes rindieron su declaración, se exhiben contestes, espontáneos y al tenor de lo dispuesto en el art. 221 del CGP, al unísono indicaron las circunstancias de modo, tiempo y lugar en la que les consta en forma directa lo manifestado en cuanto al tiempo de convivencia continua e ininterrumpida de la pareja por más de 14 años hasta la data de fallecimiento de Hernando Ospina Henao, y la casa en la que habitó junto con su compañera permanente en Cajamarca, Tolima, que es en la que hoy vive la demandante, y la que, según los documentos atrás reseñados, era la dirección que el causante registró como su residencia, en donde formaron un proyecto de vida como pareja estable, permanente y firme, forjado en un vínculo actuante de apoyo, solidaridad, cuidado y socorro mutuos, desarrollado en forma continua y sin solución de continuidad.

Concluye entonces la Sala, como lo hizo el *a quo*, que María Limbania Betancourt, en calidad de compañera permanente convivió con el afiliado causante durante un término muy superior a cinco años con anterioridad a su deceso, lo que la hace beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en los términos del art. 47 de la Ley 100 de 1993, por tanto, se **confirmará** la decisión, en cuanto a conceder la pensión de sobrevivientes a partir del **7 de noviembre de 2016**.

Frente a la **cuantía** de la prestación, ha de indicar la Sala que conforme el art. 48 de la Ley 100 de 1993 el monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500 semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación, y que en concordancia con el art. 35 *ídem* y los arts. 48 y 53 de la CP el monto de esta prestación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente.

En el caso bajo estudio, el causante cotizó 728 semanas durante toda su

vida laboral, por lo que correspondería aplicar un 53% como tasa de reemplazo al IBL de los últimos 10 años cotizados; no obstante, el *a quo* fijó como cuantía inicial de la prestación 1 SMLMV que para el año 2016 equivale a la suma de $689.455, decisión respecto de la cual la demandante no mostró reparo alguno por lo que, se **confirmará** tal decisión.

No obstante, se **modificará** el numeral **segundo**, para ordenar el pago de la pensión de sobrevivientes a razón de **13 mesadas anuales**, al causarse con posterioridad al 31 de julio de 2011 según lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Prescripción.- En este aspecto se debe advertir que si bien la prescripción solo se puede interrumpir por una sola vez al tenor de lo dispuesto en el art. 151 del CPTSS, no ocurre ello frente a los casos en que la prestación tuviera una causación periódica, como aquí sucede, en donde se podrían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tiene un término de contabilización distinto (CSJ SL794-2013).

En ese sentido, se tiene que la demandante presentó la reclamación con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 11 de diciembre de 2018 (arch. 12,1) y presentó la demanda el 21 de noviembre de 2019 (arch. 3) de manera que ninguna de las mesadas se encuentran prescritas; por lo que se **confirmará** la decisión del *a quo*.

Por tanto, el retroactivo a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, a la fecha asciende a la suma de $76.784.726, el cual deberá ser cancelado sin perjuicio de las mesadas que en adelante se continúen causando, así que en estos términos se **precisará** el numeral **segundo** de la sentencia consultada, acorde con lo dispuesto en el art. 283 del CGP:

Retroactivo en 13 mesadas anuales desde el 7 de noviembre de 2016 hasta el 31 de julio de 2023			
Año	**Monto mesada**	**N° mesadas**	**Valor mesadas al año**
2016	$ 689.455	2,8	$ 1.930.474
2017	$ 737.717	13	$ 9.590.321
2018	$ 781.242	13	$ 10.156.146
2019	$ 828.116	13	$ 10.765.508
2020	$ 877.803	13	$ 11.411.439
2021	$ 908.526	13	$ 11.810.838

2022	$ 1.000.000	13	$ 13.000.000
2023	$ 1.160.000	7	$ 8.120.000
		Sub Total:	**$ 76.784.726**
		Indem Sustitutiva pendiente de ser indexada	**(-) $ 21.639.885**
		Gran Total:	**$ 55.144.841**

Lo anterior, por supuesto, con la autorización del descuento no solo de los aportes en salud en favor de la beneficiaria, en virtud de los arts. 143, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993, sino $21.639.885 que le fue girado en vida al causante a título de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, suma que deberá ser indexada desde la fecha en la que fue pagada al afiliado y hasta cuando se efectúe el pago del retroactivo, por lo que se **confirmará** lo indicado en el numeral **cuarto** de la sentencia consultada.

Intereses moratorios.- En cuanto a los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, se tiene que en el presente caso son procedentes por cuanto las situaciones aquí previstas no se enmarcan dentro de las excepciones que ha considerado la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre como eximentes de responsabilidad frente a las entidades de seguridad social, pues se trata de un criterio jurisprudencial consolidado, pacífico y uniforme, caso en el cual se ha precisado en múltiples oportunidades su procedencia (CSJ SL3834-2021, CSJ SL2843-2021, CSJ SL3808-2020); por ende, al tenor de lo dispuesto en el art. 1° de la Ley 717 de 2001, serán calculados los réditos sobre cada una de las mesadas que hacen parte del retroactivo a partir del **12 de febrero de 2019**, como quiera que la demandante presentó la reclamación administrativa el 11 de diciembre de 2018, época para la cual se encontraba claramente asentada la posición jurisprudencial que encuentra compatible la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reclamada en vida por un afiliado en casos como el que aquí nos ocupa en donde se reclama la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de dicho afiliado, con lo que no es aceptable, la negativa de la demandada a reconocer la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante.

Por lo anterior, se **modificará** la condena impuesta en el numeral **tercero** y se **precisará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, como quiera que la imposición simultánea de intereses moratorios e indexación sobre mesadas pensionales resulta incompatible, en tanto que su gravamen comportaría una doble sanción para el deudor al tener ambos conceptos efectos resarcitorios sobre las sumas insolutas (CSJ SL1381-2019, CSJ SL1032-2019,

CSJ SL3983-2018, CSJ SL6006-2017, CSJ SL3843-2015, y CSJ SL14269-2014, entre otras). En consecuencia, **únicamente** se **condenará** a Colpensiones al pago de los **réditos** reclamados, en los términos ya expuestos, los cuales no es posible calcularlos en este instante, debido a que se deberá tener en cuenta para ello la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago.

Costas.- Finalmente, en este aspecto no le asiste razón a la apelante en la medida en que según el num. 1° del art. 365 del CGP son procedentes las costas en contra de la parte vencida en juicio, por lo que se **confirma** la decisión impuesta en el numeral **sexto** de la sentencia apelada.

En los anteriores términos queda estudiada la apelación de Colpensiones y surtido el grado jurisdiccional de consulta en su favor. Sin costas en la instancia ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR y **PRECISAR** el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 1° de junio de 2022, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de **condenar** a Colpensiones a pagar por concepto de retroactivo pensional por sobrevivencia causado entre el 7 de noviembre de 2016 y el 31 de julio de 2023 la suma de $76.784.726 sin perjuicio de las mesadas que en adelante se causen a razón de 13 mesadas al año y con los descuentos indicados en el numeral cuarto de la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **tercero** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a Colpensiones a pagar los réditos del art. 141 de la Ley 100 de 1993 sobre cada una de las mesadas que hacen parte del retroactivo, liquidados a partir del **12 de febrero de 2019** con la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago, de conformidad con lo expuesto.

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

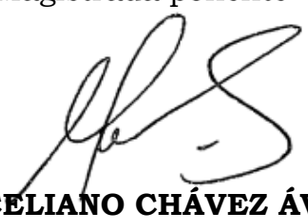
CUARTO: Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EtO6ybXTuBZOjq90H0DAq2gBk4eORFKrFUyTa2JIAyoKPw?e=EXCaRr

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: **c9269238caf83cfba273f95591e2ff0fc465373a69d6adb38ab71296ca063aaa**
Documento generado en 17/08/2023 11:31:07 AM

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