



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARLOS ALBERTO ROSERO BARRETO
Demandada: KOATTEX S.A.S.
Radicación: 15-2021-00128-01
Tema: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carlos Alberto Rosero Barrero instauró demanda ordinaria contra KOATTEX S.A.S., con el propósito de que se declare la existencia del contrato de trabajo desde el 30 de septiembre de 2016 hasta el 09 de julio de 2020 y que su terminación fue ineficaz por cuanto se encontraba en un estado de debilidad manifiesta y/o incapacidad por su estado de salud. En consecuencia, pidió que se condene a la encartada al reintegro en un cargo de igual o mejor condición y salario que ocupaba al momento de la terminación, al pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, la indemnización consistente en 180 días de salario, la indexación, lo ultra y extra petita, y al pago de costas. De manera subsidiaria pretendió que se ordene el pago de los salarios del mes de julio a diciembre de 2020 y enero de 2021, la prima de servicios del último semestre de 2020 y del 2021, las vacaciones causadas en el año 2020 y 2021, las cesantías e intereses a las cesantías del año 2020 y 2021, la sanción del artículo 65 del CST o subsidiariamente la indexación, los aportes a seguridad social del 09 de julio de 2020 en adelante, la indemnización del artículo 64 del CST, la indemnización de los 180 días de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que tuvo un vínculo laboral con Koattex S.A.S. desde el 30 de septiembre de 2016 hasta el 09 de julio de 2020, desempeñando el cargo de operario en la ciudad de Bogotá, y actualmente se encuentra prestando los servicios como operario y servicios generales en la vereda la Diana a 200 metros de la vía Briceño – Sopó; que el salario devengado era de \$927.803 más auxilio de transporte de \$102.854; que la jornada laboral es de lunes a viernes de 7:30 am a 5:00 pm y los sábados de 7:30 am a 1:00 pm; que el 29 de abril de 2019 tuvo un accidente que le causó afectaciones en su columna vertebral y cadera, diagnosticándole lumbago no especificado, del cual se ordenaron restricciones laborales; que el 09 de julio de 2020 le fue terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa, aduciendo la necesidad de hacer ajustes administrativos, económicos y de organización; que el empleador no solicitó autorización al Ministerio del Trabajo para despedirlo, siendo que por sus restricciones médicas gozaba de estabilidad reforzada; que el 4 de octubre de 2020 presentó acción de tutela, el cual el 18 de noviembre de 2020 el Juzgado 43 Municipal de Bogotá con Función de Control de Garantías, accedió de manera transitoria al amparo constitucional, ordenando el reintegro junto con el pago de los salarios adeudados, decisión que fue confirmada por el Juzgado Quince Penal del Circuito

con Funciones de Conocimiento el 21 de enero de 2021; que el 11 de febrero de 2021 mediante un otrosí se cumplió la orden de tutela y se reintegró al demandante, pero de manera unilateral fue trasladado a la vereda la Diana ubicada en Briceño del municipio de Sopó, cambiándolo de cargo, esto es, de operario a operario de servicios generales, lo cual significó asumir mayores gastos, que durante el periodo comprendido entre el 09 de julio de 2021 y el 31 de enero de 2021 la demandada solo le ha abonado la suma de \$3.007.000; que Koattex S.A.S. le adeuda los salarios, prima de servicios, vacaciones cesantías e intereses a las cesantías y aportes a la seguridad social causados desde el 09 de julio de 2020 hasta el 31 de enero de 2021. (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 1 a 13).

2. Contestación de demanda KOATTEX S.A.S. En su respuesta no se opuso a la existencia del contrato de trabajo celebrado entre la demandante y la demandada; sin embargo, se opuso a las pretensiones restantes de la demandada aduciendo que para el momento de la terminación unilateral del contrato sin justa causa no se requería autorización del Ministerio del Trabajo, ya que el demandante no se encontraba en un estado de indefensión, debilidad manifiesta o estabilidad laboral, dado que incluso el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca determinó que su PCL es de 0.00%; frente a las pretensiones subsidiarias adujo que a la terminación del contrato de trabajo se le liquidaron y pagaron las prestaciones reclamadas, igualmente, que producto del reintegro ordenado a través de acción de tutela se hicieron los pagos que corresponden desde el 09 de julio de 2020 hasta el 31 de enero de 2021. En su defensa formuló como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de debilidad manifiesta, inexistencia de estabilidad ocupacional reforzada por razones de salud establecidos en el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, falta de legitimación para reclamar protección prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, terminación del contrato por facultad legal y contractual, inexistencia del accidente de trabajo, condición resolutoria, terminación del contrato por reestructuración empresarial, y buena fe.

(Expediente digital, PDF 12 EscritoContestación. Págs. 1 a 25).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de agosto del 2022, en la que el fallador absolvió a la enjuiciada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, declarando probadas las excepciones de inexistencia de debilidad manifiesta, inexistencia de estabilidad ocupacional o reforzada por situaciones de salud, condenando en costas al demandante.

Para arribar a tal determinación se propuso verificar cuál fue la modalidad del contrato laboral que unió a las partes, y si el vínculo finalizó sin justa causa y de manera unilateral por el empleador. Así mismo, si al momento del finiquito de la relación laboral el trabajador contaba con estabilidad laboral reforzada y en caso afirmativo el reintegro a su lugar de trabajo. Con tal propósito, afirmó que, no existía discusión acerca de la existencia de la relación laboral, la cual fue corroborada con la certificación laboral expedida por la demandada, en la que se desprende que inició a laborar desde el 29 de septiembre de 2016 hasta el 09 de julio de 2020, bajo un contrato a término indefinido, desempeñándose en el cargo de operario. Igualmente tuvo por acreditado que en virtud a la orden impartida por el Juzgado 43 Municipal con Función de Control de Garantías, fue reintegrado para desempeñar el cargo de operador de servicios generales.

Sentado lo anterior y luego de hacer alusión a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el fallador de primera instancia sostuvo que la estabilidad laboral reforzada no puede otorgarse a cualquier persona que presente alguna condición de salud, sino que la afectación debe ser significativa. Descendiendo al caso concreto, concluyó que si bien el demandante tuvo una afectación en su salud, producto de un accidente de trabajo presentado el 29 de abril de 2019, para lo cual fue diagnosticado con lumbago no

especificado, generando unas recomendaciones por tres semanas, prorrogadas por otras tres semanas hasta el 04 de julio de 2019, lo cierto es que, para la fecha de terminación del contrato de trabajo *"no se evidencia en el presente asunto que el señor tenga, tuviera un porcentaje de incapacidad superior al 15%, una afectación sustancial a su salud al momento del retiro no tenía incapacidades. Igualmente, no se vislumbra, no se evidencia que el motivo o la causal objetiva que alega la empleadora no fuera cierta, y en realidad, la terminación del contrato si fuera por razón o con ocasión de la situación de salud del señor demandante, sino que corroboró la testigo que presentaba una situación económica"*. Además de lo anterior, en mayo de 2020 la Junta de Calificación, calificó la PCL del actor en un 0%.

Frente a las pretensiones subsidiarias relacionadas con las acreencias laborales del 10 de julio de 2020 al 31 de enero de 2021, manifestó que la entidad demandada acreditó el pago de tales conceptos, e hizo el cruce de cuentas con lo otorgado en la liquidación final por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato. Asimismo, se aportó las planillas de seguridad social donde se refleja el pago de aportes, razón por la cual, las pretensiones subsidiarias no prosperan.

4. Impugnación y límites del ad quem. Ninguna de las partes presentó inconformidad, por lo que el proceso fue remitido para estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, al haber sido totalmente adversa la decisión de instancia.

5. Alegatos de conclusión. La sociedad demandada Koattex SAS presentó alegatos de conclusión solicitando confirmar la decisión de instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado Jurisdiccional de Consulta. De conformidad con el artículo 69 del CPTSS, se estudiará en su integridad la decisión de instancia al haber sido totalmente desfavorable a los intereses de la parte demandante.

2. problema jurídico: Corresponde a la Sala dilucidar: ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?

3. Relación laboral, su modalidad, salario y extremos temporales. No existe controversia respecto a que el actor prestó sus servicios para la demandada KOATTEX S.A.S., desde el 29 de septiembre de 2016 hasta el 09 de julio de 2020, tal como lo consideró la a quo, sin que fuere materia de controversia por las partes, y en todo caso, se encuentra acreditado con la prueba documental (Fols. 28 a 32, 34, 36 y 37 archivo No 1), contentiva del contrato de trabajo, carta de terminación, certificación laboral y la liquidación final de prestaciones, en ese orden, la discusión radica en establecer sí para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo el actor se encontraba amparado por el fuero de estabilidad ocupacional reforzada.

Previo a ello, debe precisar la Sala que en el asunto bajo examen se reintegró al demandante el 12 de febrero de 2021, en cumplimiento de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá (Fols. 77 a 80 archivo No 01).

Conforme lo anotado, en lo referido al estudio de la estabilidad laboral reforzada se tendrá en cuenta como fecha del finiquito del contrato el 09 de julio de 2020.

4. Estabilidad laboral reforzada. En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si KOATTEX S.A.S. actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, la Sala Decisión debe recordar, en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por el Juzgador de primer grado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61, derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 09 de julio de 2020.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado "*la presunción de desvinculación laboral discriminatoria*", entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: "*en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba*

demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.”

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Igualmente, en reciente sentencia la Corte Constitucional -SU087 de 2022-, delimita un listado, aunque no taxativo, pero sí de referencia para establecer cuando un trabajador se encuentra o no amparado por la garantía de estabilidad laboral reforzada, precisando inicialmente que la condición de salud debe impedir o dificultar significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades.

Supuesto	Eventos que permiten acreditarlo
Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral	(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido ^[43] . (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral ^[44] . (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico ^[45] . (d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido ^[46] .
Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental ^[47] . (b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad ^[48] . (c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL ^[49] .
Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0% ^[50] . (b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto ^[51] .

Descendiendo al *sub judice*, se revisó si al 09 de julio de 2020, fecha de la terminación del contrato laboral, efectivamente el demandante se encontraba o no en un estado de debilidad manifiesta suficiente para configurar el fuero de salud, advirtiendo la Sala que el actor aduce estar protegido por estabilidad laboral reforzada como consecuencia del accidente de trabajo acontecido el 29 de abril de 2019, hecho que ciertamente aconteció y que se encuentra relatado en el dictamen de pérdida de capacidad laboral (Fols. 71 a 76 archivo No 01), de la siguiente manera: “*levantando un rollo de papel de 60kg y cuando le fue a bajarlo de las rodillas, presenta dolor en región lumbosacra que se ha venido aumentando con el paso de los días, ha sido valorado en varias oportunidades por persistencia de dolor, el día de hoy consulta urgencias por presencia de dolor en región lumbosacra sin irradiación*”.

Tal accidente de trabajo generó como diagnostico “lumbago no especificado”, y le dieron dos días de incapacidad, prorrogados por otros dos días más, y unas recomendaciones laborales (Fols. 33 archivo No 01) por tres semanas, prorrogadas por otras tres semanas,

mismas que empezaron desde el 29 de mayo de 2019 y van hasta aproximadamente el 25 de julio de 2019, sin que obre prueba alguna de que posteriormente se hubieren generado más incapacidades o que las recomendaciones se hayan prorrogado más allá del mes de julio de 2019, o que hayan estado vigentes por lo menos en fecha cercana al 09 de julio de 2020, para con ello constatar que su estado de salud era de tal magnitud para deducir la configuración de la estabilidad ocupacional reforzada al momento de finalizar su contrato de trabajo, ya que pasó aproximadamente un año sin incapacidades o por lo menos no se demuestran en el expediente las mismas, por lo que la Sala no puede de manera hipotética asumir que su estado de salud estaba menguado.

Además, debe acotar la Sala que las recomendaciones tienen origen en el diagnóstico LUMBAGO NO ESPECIFICADO, es decir, una afectación en su salud como consecuencia del accidente de trabajo que no puede catalogarse como grave o de tal entidad que automáticamente lo coloque en debilidad manifiesta, de allí que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca al emitir la calificación de PCL el 26 de mayo de 2020 haya determinado un porcentaje del 0% de PCL. Incluso, al revisar la calificación de pérdida de capacidad laboral se encuentra que no solo fue tenido en cuenta el diagnóstico de lumbago no especificado, sino también la “artrosis, no especificada y otras degeneraciones específicas de disco intervertebral” y, aun así, obtuvo una calificación de 0% de PCL, lo que lejos está de ponerlo en situación de debilidad manifiesta y a inferir que la terminación de su contrato de trabajo haya estado motivada en su estado de salud.

Incluso, nótese que en los antecedentes del dictamen emitido el 26 de mayo de 2020 se reporta como última valoración médica la del 12 de diciembre de 2019 con la especialidad Psicología y Fisioterapia, pero de allí no se desprende alguna recomendación laboral que evidencie afectación en su estado de salud, además dista bastante de la calenda en que se finalizó el contrato de trabajo, razón por la cual, como lo concluyera la Corte Constitucional en la sentencia SU087 de 2022, no se predica el conocimiento del empleador de la condición de estabilidad manifiesta cuando; “(i) ninguna de las partes prueba su argumentación; (...) y (iv) pese a la asistencia a citas médicas durante la vigencia de la relación, no se presentó incapacidad o recomendaciones laborales como consecuencia de dichas citas médicas”;

Para reforzar lo anterior, la sentencia SU087 de 2022, menciona que se presenta “Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral”, cuando “(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0%”, ello en la medida en que como quedó dilucidado, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, calificó al actor con una PCL del 0%, incluso en el rol laboral determinó lo siguiente:

Título II - Valoración del rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales	
Rol laboral	
Restricciones del rol laboral	0
Restricciones autosuficiencia económica	0
Restricciones en función de la edad cronológica	0
Sumatoria rol laboral, autosuficiencia económica y edad (30%)	0,00%

Como se observa, para la fecha en que fue calificado, esto es, 26 de mayo de 2020, no se cuenta con ninguna restricción de orden laboral que le impidiera el desempeño normal de sus funciones.

Por lo anterior, si bien esta Sala de Decisión, acoge la postura de la Corte Constitucional en el sentido que para efecto de la estabilidad laboral reforzada por salud no se requiere de calificación de pérdida de capacidad laboral, lo cierto es que, contrario a lo sostenido por el apoderado del demandante, se requiere que el trabajador se encuentre en estado de debilidad manifiesta, esto es, que la afectación en su salud le impida o dificulte

sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones normales, situación que no se logra acreditar, pues la prueba documental adosada al legajo no lo coloca en la protección constitucional pretendida, máxime que para la fecha en que se presentó la terminación del contrato de trabajo no se encontraba en incapacidad, o pendiente de algún tratamiento médico.

En este punto, no puede olvidarse que la finalidad de la protección es salvaguardar derechos fundamentales, y por ende, dar continuidad a la relación laboral para que pueda continuar los tratamientos médicos, o no quede al vaivén de las circunstancias su estado de salud, situación que no acontece en el sub judice, pues se repite, de los diagnósticos y demás documental aportada no brota palmario que su estado de salud se hubiere afectado sustancialmente, y por ende, no se configura la protección reforzada que exige la Corte Constitucional.

Finalmente, como la tutela que ordenó el reintegro fue de manera transitoria, su decisión no es vinculante ni obligatoria para esta judicatura, y por ende, independientemente de las consideraciones que tuvo en cuenta en su momento el juez constitucional para ordenar el reintegro, lo cierto es que, corresponde a la jurisdicción ordinaria definir de manera definitiva el asunto que aquí es objeto de debate, es decir, establecer si el actor se encontraba amparado por la estabilidad ocupacional reforzada al momento de la terminación del vínculo laboral.

Por las anteriores razones no queda otro camino que despachar de manera desfavorable las pretensiones, y de contera confirmar la decisión absolutoria de primer grado.

5. Pago de acreencias laborales. Pretendió el actor de manera subsidiaria que se ordene el pago de los salarios del mes de julio a diciembre de 2020 y enero de 2021, la prima de servicios del último semestre de 2020 y del 2021, las vacaciones causadas en el año 2020 y 2021, las cesantías e intereses a las cesantías del año 2020 y 2021, la sanción del artículo 65 del CST o subsidiariamente la indexación, y los aportes a seguridad social del 09 de julio de 2020 en adelante.

Al respecto, baste con señalar que una vez se celebró por las partes el otrosí de fecha 12 de febrero de 2021 (Fols. 78 a 79), procedió la entidad encartada a efectuar el pago correspondiente de las acreencias causadas desde el 09 de julio de 2020 al 31 de enero de 2021, tal como se observa en los desprendibles de pago de folios 29 y 30 de la contestación, archivo No 12. Además, debe tenerse en cuenta que el actor inició incidente de desacato pidiendo el pago de las acreencias, el cual fue archivado por el Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, en los siguientes términos:

"Así las cosas, frente a la orden judicial del pago de salarios dejados de percibir por el accionante desde el momento de su desvinculación hasta su reintegro, se tiene que Koattex SAS realizó una liquidación por concepto de prestaciones sociales e indemnización por despido injusto, valores que procedió a compensar con los salarios hasta concurrencia del monto pagado por dicho concepto, lo que resulta procedente y válido a la luz de la ley y la jurisprudencia, así como acorde a lo ordenado en fallo de tutela".

En lo que refiere al presente proceso, abundante documental se allega por la parte demandada (Archivo No 21 anexos), donde no solo consta el pago de las acreencias laborales, sino también los aportes a la seguridad social a través de "mi planilla" (Fols. 31 a 32 archivo No 12), y aportes al fondo de cesantías (Fols. 35 archivo No 012), con lo cual, tal pedimento tampoco sale avante.

Debe indicar la Sala que las pretensiones subsidiarias se fundan en que KOATTEX SAS no ha pagado las acreencias laborales producto del reintegro laboral por efecto de la orden del juez de tutela; empero, como se dijo precedentemente, el ex empleador acredita el cumplimiento y pago de tales conceptos, además que hizo la respectiva compensación con la liquidación final de prestaciones que en su momento otorgó cuando finalizó el contrato de trabajo el 09 de julio de 2020, en particular con el valor que otorgó por concepto de indemnización por despido sin justa causa, valor que por efecto de lo decidido en la presente providencia debe reajustarse y reconocerse una vez la entidad empleadora proceda a ejecutar lo aquí decidido (SL572-2021).

6. Costas. Sin costas en esta instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman.

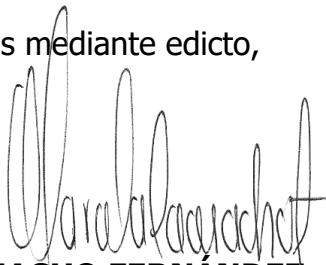
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de agosto del 2022, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones atrás expuestas.

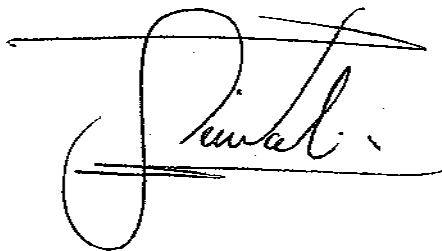
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



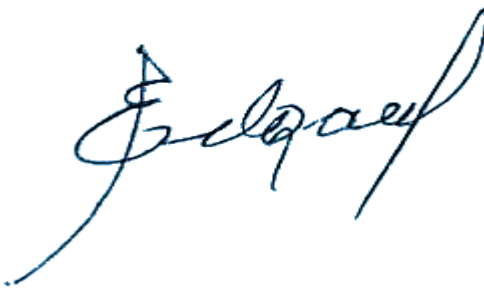
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

(Aclara voto)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *JORGE ENRIQUE CÁRDENAS MALAVER*
DEMANDADO: *COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.*
RADICACIÓN: *07-2019-00762-01*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA*
TEMA: *INEFICACIA TRASLADO*

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. SANTIAGO BERNAL PALACIOS, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jorge Enrique Cárdenas Malaver instauró demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al RAIS, y en consecuencia se ordene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES el capital ahorrado más los frutos y beneficios, así como también los gastos de administración y cuotas de manejo, lo ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 21 de junio de 1965; se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES en mayo de 1989 hasta mayo de 1996; que fue abordado por un asesor de PROTECCIÓN S.A., quien le informa que el ISS se acabaría, que debería trasladarse de fondo para no perder la totalidad de la pensión, ante lo cual accede trasladándose al RAIS, administrado por PROTECCIÓN S.A.; que durante su vinculación en el RAIS jamás se le invitó para que le realizaran una proyección de la pensión de vejez; que de parte de PROTECCIÓN S.A. no se brindó la asesoría integral al momento del traslado (Folios. 4 a 18 archivo No 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 1 a 2 archivo No 05); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones manifestando que se opone a la ineficacia del traslado del ISS al RAIS, toda vez que no obra prueba alguna de vicio del consentimiento error, fuerza o dolo, tampoco se observa inconformidad por parte del demandante; que la vinculación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria; que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS. Propuso como excepciones de mérito las que denomino descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para

regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden nacional, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, y la innominada o genérica. (Fols. 102 a 132 archivo No 01)

3.2 PROTECCIÓN S.A. Presentó oposición a todas y cada una de las pretensiones con sustento en que el acto de traslado es un acto existente y válido, libre de vicios del consentimiento; que la suscripción del formulario se efectuó en forma libre y voluntaria, sin presiones o engaños; que no se puede pretender la declaratoria de una nulidad con soporte en sus expectativas económicas; que no es posible afirmar que la manera como se liquide la pensión de vejez en el RAIS, haga nula la afiliación; que en caso de declararse la ineficacia no es procedente devolver los gastos de administración, sumas adicionales ni lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa. (Fol. 14 a 32 archivo No 08)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 04 de mayo de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado realizada a Colmena, hoy Protección el 30 de abril de 1996; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, dineros que deben incluir los rendimientos, los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales, debidamente indexados; ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad al demandante; declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas. Finalmente gravó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal determinación afirmó que el deber de información debe ser garantizado por parte de las administradoras de fondos de pensiones al momento de tramitar el traslado de los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida, pues así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en aplicación al Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1993. Refirió que siempre ha existido el deber de información en cabeza de la AFP, como lo ha enseñado la citada Corporación, lo cual se reafirma con lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil. Refirió que tales condiciones no han sido demostradas en el plenario, debiendo por tanto impartir condena en el sentido de declarar la ineficacia del acto.

En ese orden, ordenó que PROTECCIÓN S.A. debe trasladar a COLPENSIONES los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, dinero que debe incluir la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros que se causen hasta la fecha, los gastos de administración y comisiones, debidamente indexados.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes:

5.1 COLPENSIONES: Manifestó que no se presentó falta de información al momento del traslado, ya que el hecho de que el demandante no recuerde las circunstancias de tiempo, modo y lugar a través de las cuales se efectuó su traslado, no da lugar a entender que existió falta u omisión de información; que la carga de la prueba no opera de manera automática, sino que debe analizarse en cada caso en concreto; que esta clase de procesos vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que al ordenarse el traslado a pesar de encontrarse inmerso en la prohibición legal conlleva a una descapitalización del fondo común; que los regímenes pensionales tienen una modalidad de financiación completamente diferente, por lo que las cotizaciones del demandante no va a financiar las pensiones de los demás afiliados, ya que no ha cotizado ningún por un período superior a 20 años.

5.2 PROTECCIÓN S.A: Adujo no estar de acuerdo con trasladar el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, y comisiones debidamente indexadas, ya que tales conceptos se generan por la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante; que la orden del a quo conlleva a generar un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; que las comisión no están destinadas a financiar la pensión del demandante; que las comisiones o gastos de administración se descuentan por mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, además que también se deducen en el régimen de prima media; que COLPENSIONES estaría recibiendo un capital por un dinero que nunca administró; que el artículo 1746 del Código Civil establece las restituciones mutuas, lo que debe aplicarse en favor de la AFP demandada; que en lo relacionado con el seguro previsional este fue girado a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivientes o invalidez, sea dicha entidad quien asuma el riesgo, además que las aseguradoras son un tercero de buena fe; que frente a la comisión de administración y primas de seguro previsional opera la prescripción, toda vez que son descuentos que se van realizando periódicamente como lo impone la ley.

9. Alegatos de conclusión.

9.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que el actor se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo del demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema; que en el evento de declarar la ineficacia del traslado se ordene la devolución de todos los conceptos a cargo de la AFP del RAIS, debidamente indexado.

9.3 DEMANDANTE.: Solicita que se confirme la decisión de instancia en su integridad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida

al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor JORGE ENRIQUE CÁRDENAS MALAVER, empezó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida desde el 31 de mayo de 1989 hasta el 31 de octubre de 1995, conforme aparece en historial expedida por Colpensiones ^(Folio. 22 archivo No 02); que se trasladó a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., el 30 de abril de 1996, según formulario de afiliación ^(Folio. 41 archivo No 08) donde se encuentra actualmente según su historial de cotizaciones.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a COLMENA, hoy AFP PROTECCIÓN S.A., esto es, 30 de abril de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el

contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL2208-2021 y SL1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que **los conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

9. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

10. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de AFP Protección S.A. y COLPENSIONES y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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

RESUELVE

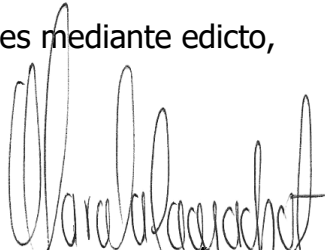
PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** a devolver a Colpensiones, los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor,

ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

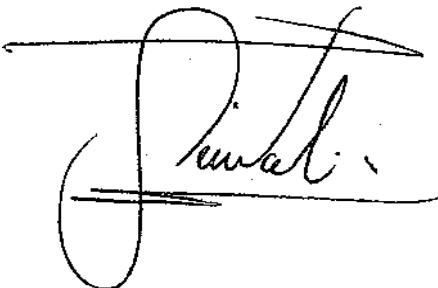
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Las de primera se confirman.

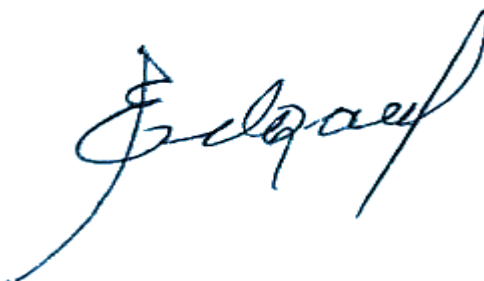
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

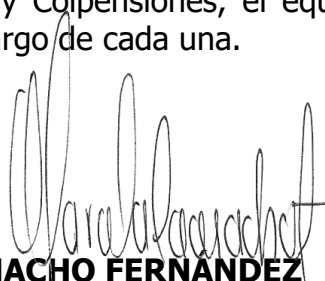


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Protección S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DIANA PATRICIA PERDOMO SERRANO
Demandados: COLPENSIONES Y OTROS.
Radicación: 21-2020-00025-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda Diana Patricia Perdomo Serrano instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia de la afiliación y del traslado realizado al RAIS y, en consecuencia, se ordene el traslado de los aportes realizados a Colpensiones; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida, y se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. el 24 de mayo de 1994, entidad que no le suministró la información integral, veraz y suficiente al momento del traslado; que luego se trasladó a PORVENIR S.A., pero esta tampoco información; que solicitó a COLPENSIONES la anulación del traslado, pero no obtuvo respuesta; que petitionó a COLFONDOS la nulidad del traslado, pero le fue negada; que en el evento de haber continuado en el régimen de prima media obtendría una pensión de vejez en cuantía de \$3.539.410, es decir, superior a la que le ofrece PORVENIR S.A., cuyo valor es de \$1.279.030 (Expediente electrónico. PDF 01. Págs. 315 a 350)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico. PDF 007NotificacionAgenciaNacional); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colfondos S.A.: Dio respuesta oponiéndose a la totalidad de las pretensiones aduciendo que al momento de hacer la afiliación se le brindó la información mediante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora, según lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; que no se cumple lo establecido en el artículo 899 y 1741 del Código Civil; que no se incurrió en algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo); que el

formulario que suscribió la demandante cumple con los requisitos legales para la época. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago (Expediente digital DPF, 16 ContestaciónColfondos.pdf).

3.2. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo); que la demandante se encuentra en la prohibición legal de que trata la Ley 797 del 2003, artículo 2; que no se cumple con los presupuestos de la sentencia SU-062 de 2010. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (Expediente electrónico PDF, 13ContestaciónDemandaColpensiones.pdf

Págs. 3 a 39)

3.3. AFP Porvenir S.A.: Dentro de la oportunidad procesal pertinente se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandante esbozando que la afiliación fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, mismo que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P.; que garantizó a la actora el derecho de retracto. En su defensa formuló las excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 09ContestacionDemandaPorvenirPDF)

3.4 AFP Protección S.A.: Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente se opuso a la totalidad de las pretensiones aduciendo que el deber de información se dio a través de la firma del formulario de vinculación, mismo que cumple todos los requisitos contenidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, lo que a la vez es legítimo y cumple con los requisitos de validez; que no existe vicios del consentimiento ni causal alguna de ineficacia en el acto jurídico de traslado. Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, e 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. (Expediente electrónico, PDF

10ContestacionDemandaProtecciónPDF)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de septiembre de 2022, en la que la falladora de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la actora al RAIS y, en consecuencia, ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados, los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, gastos de administración, comisiones, lo pagado al seguro previsional, debidamente indexados. Así

mismo, ordenó a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los gastos o comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; ordenó a Colpensiones a recibir a la actora sin solución de continuidad y, por último, condenó en costas a COLFONDOS S.A..

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, según el cual la afiliación debe ser libre y voluntaria, además, en la sentencia SL1373 de 2021, en la que se dijo que la información no puede ser cualquiera, sino debe ser relevante, oportuna y clara, no bastando con señalar ciertos caracteres de uno u otro régimen pensional, sino, que hay que explicarle al potencial afiliado cómo se obtienen, cómo se llega, de qué depende y bajo este entendido el fondo de pensiones debe mencionar lo bueno y lo malo con el fin de brindar información completamente transparente para que se pueda trasladar de uno a otro régimen previsional.

Señaló que el formulario no es suficiente para acreditar al deber de información con nivel de claridad, además, significó que la carga de probar está en el fondo de pensiones porque está en la obligación de hacerlo dado a que es un experto y profesional en la materia. Así las cosas, dijo que el fondo de pensiones no demostró haber brindado a la demandante información suficiente respecto del régimen al que se estaba trasladando, pues tan sólo conoció alguna de sus características, sin que haya sido clara y transparente.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación argumentando que la demandante ejecutó su afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria sin presiones; que al haber realizado varios traslados horizontales reafirma su deseo de estar en el RAIS; que es imposible probar las circunstancias de cómo se efectuó el traslado, ya que esa fecha no era obligatorio dejar registro documental de la afiliación; que COLPENSIONES no intervino en el acto de traslado, siendo un simple tercero.

5.2. AFP Porvenir S.A.: Manifiesta que no comparte el criterio del despacho debido a que, aunque exista una línea jurisprudencial en estos casos, también debe aplicarse otras sub reglas con el fin de proteger la confianza legítima, como la carga de la prueba, ya que si bien se invierte a cargo de la AFP, resulta un imposible de probar como se brindó la información a la demandante; que los formularios de afiliación soportan el consentimiento informado; que si el objetivo de declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS es declarar que la demandante nunca estuvo afiliada al régimen de ahorro individual sería improcedente devolver los rendimientos de dichos gastos, ello con apoyo en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; que debe aplicarse las restituciones recíprocas; que la orden de devolver los gastos de administración y rendimientos a Colpensiones constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema; que en el evento de declarar la ineficacia del traslado se ordene la devolución de todos los conceptos a cargo de la AFP del RAIS, debidamente indexado.

6.2 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales de nulidad; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, no es procedente la devolución de gastos de administración y demás emolumentos; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la indexación constituye un doble pago por el mismo concepto.

6.2 DEMANDANTE.: Solicita que se confirme la decisión de instancia ya que la AFP no cumplió con su obligación o deber profesional de brindar información.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Porvenir S.A., se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Diana Patricia Perdomo Serrano, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 16 de febrero de 1989, con cotizaciones hasta el 19 de enero de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (Expediente electrónico PDF 01 Expediente 2020-025.pdf Págs. 51 a 54); que se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. el 24 de mayo de 1994 (Expediente electrónico PDF expediente 2020-025. Pág. 58), luego se trasladó a PORVENIR S.A. el 28 de mayo de 1999, (Expediente electrónico PDF expediente 2020-025 pdf pág. 92), posteriormente se trasladó a COLPATRIA el 30 de enero del

2000 (Expediente electrónico PDF expediente 2020-025pdf pág. 64); seguidamente, se trasladó a ING, hoy PROTECCIÓN S.A. el 22 de noviembre del 2000 (Expediente electrónico PDF expediente 2020-025pdf pag 64), luego retornó a PORVENIR S.A. el 30 de octubre de 2002 (Expediente electrónico PDF 09. Pág. 69), después se trasladó a ING, hoy PROTECCIÓN S.A. el 16 de junio del 2003 (Expediente electrónico PDF 09. Pág. 69), después se trasladó a PORVENIR S.A. el 19 de febrero del 2008 (Expediente electrónico PDF 09. Pág. 69), entidad donde se encuentra actualmente según su historia laboral de cotizaciones (Expediente electrónico PDF 09. Pág. 75 a 97).

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a Colfondos S.A., esto es, 24 de mayo de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes que debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: “**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**”.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PORVENIR S.A. en el año 2000.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 24 de mayo de 1994, queda sin efectos el consecutivo traslado efectuado al interior del RAIS, el que se itera, no convalida el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas, debidamente indexado, incluido el tiempo de permanencia de la actora en cada una de las AFP (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Ahora, como en la sentencia de primer grado si hizo extensiva la condena a la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., y congloba de manera expresa la devolución de los anteriores conceptos con la indexación, hay lugar a confirmar la decisión en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas

por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

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

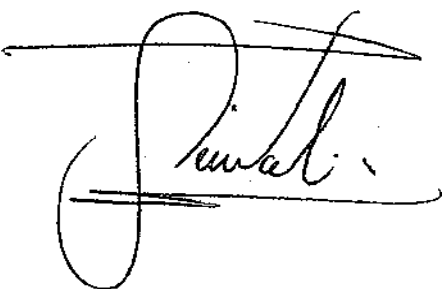
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

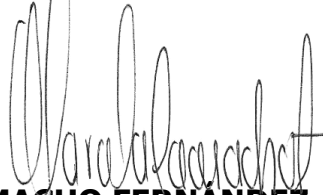


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la actora y a cargo de cada una de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *MARÍA CRISTINA SOLER DUQUE*
DEMANDADO: *COLPENSIONES y PORVENIR S.A.*
RADICACIÓN: *05-2021-00093-01*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA*
TEMA: *INEFICACIA TRASLADO*

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARÍA CRISTINA SOLER DUQUE instauró demanda ordinaria contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS realizada el 11 de julio de 1996, en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. que traslade los saldos consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales; igualmente se ordene a Colpensiones a recibir como afiliada a la demandante sin solución de continuidad en el RPMPD; finalmente lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 13 de febrero de 1965; que estuvo afiliada al ISS desde el 18 de octubre de 1991; que se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 11 de julio de 1996; que PORVENIR S.A. no brindó la asesoría necesaria, clara y suficiente; que a través del radicado No. 2020_8680137 del 03 de septiembre de 2020, solicitó a Colpensiones tenerla como afiliada, pero le fue respondida el 04 de septiembre de 2020, manifestando que no es posible activar ninguna afiliación; que el 01 de septiembre de 2020 solicitó a PORVENIR S.A. anular su afiliación, pero el 17 de septiembre de 2020, dio respuesta negativa; que en el RAIS obtendría una mesada por valor de \$1.243.700, mientras que en Colpensiones ascendería a \$3.543.927. (folio. 1 a 15 EXPEDIENTE 02)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Folios. 1 a 2 archivo No 06); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones manifestando que la demandante se traslado al RAIS de manera libre y voluntaria; que se desconoce las circunstancias en que se llevó a cabo la asesoría de la demandante; que la demandante se encuentra incurso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 del 2003. Propuso como excepciones de mérito las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio

constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica (Fol. 1 a 22 archivo No 11)

3.2 PORVENIR S.A.: Presentó oposición a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda manifestando que la afiliación al RAIS en el año 1996 se dio de manera libre, sin presiones, o engaños, dándole información amplia y suficiente sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales; que se le garantizó el derecho de retracto; que en el evento de prosperar la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado; que ordenar la devolución de gastos de administración a Colpensiones configura un enriquecimiento ilícito a favor de esta demandada. Propuso como excepciones de mérito las que denomino prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (Folio 1 a 25 archivo NO 10)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 06 de mayo de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por la señora María Cristina Soler Duque a través de Porvenir S.A; Ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses; ordenó a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral; condenó en costas a cargo de PORVENIR S.A..

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en lo reiterado al respecto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, precisando que para la fecha del traslado estaba vigente el Decreto 720 de 1994, el cual establece en cabeza de las administradoras la obligación de suministrar a los eventuales afiliados la información amplia, oportuna y suficiente; que el formulario de afiliación no es prueba suficiente, ya que simplemente es un formato de datos personales. Definió que en estos casos no procede la excepción de prescripción ya que se trata de un derecho irrenunciable a la seguridad social establecido en el artículo 48 de la Constitución Política.

Concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no demostró en juicio qué información se le suministró a la demandante, por lo que había lugar a declarar la ineficacia del traslado por falta al deber de información. Finalmente, condenó en costas únicamente a cargo del PORVENIR S.A.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **COLPENSIONES**, quien señaló que la Ley 100 de 1993 indica cómo tal la libre elección de régimen, lo que en efecto hizo la actora; que al momento de realizar la solicitud del traslado se encontraba inmersa en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003; que la carga de la prueba recae también en la demandante; que no se tuvo en cuenta la legislación vigente para el momento del traslado; que la demandante contaba con plena convicción de su elección de régimen; que duró aproximadamente 24 años en el RAIS sin manifestar ninguna inconformidad.

9. Alegatos de conclusión.

6.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del

consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema; que la demandante como consumidor financiero también tiene obligaciones que cumplir; que la afiliación al RAIS es válida.

6.2 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción; que debe tenerse en cuenta el salvamento de voto de la sentencia de tutela con radicado No 5912 del 13 de mayo de 2022.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el

radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora MARÍA CRISTINA SOLER DUQUE, empezó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida desde el 18 de octubre de 1991 hasta el 31 de agosto de 1996, conforme aparece en historial expedido por Colpensiones (Folio. 36 y 37 archivo No 02); que se trasladó de régimen el 11 de julio de 1996 a la AFP PORVENIR S.A., según formulario de afiliación (Folio. 75 archivo No 10), donde se encuentra actualmente según su historial de cotización.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
----------------------------	--	--

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a PORVENIR S.A., esto es, 11 de julio de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP

privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL2208-2021 y SL1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que **los conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa los gastos o comisiones de administración, la devolución del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales

conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: "*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*", por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

9. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

10. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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

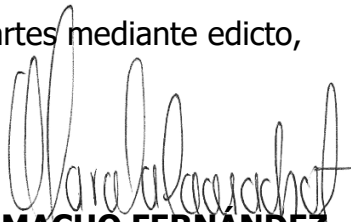
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 6 de mayo de 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** a devolver a Colpensiones, los gastos o comisiones de administración, los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

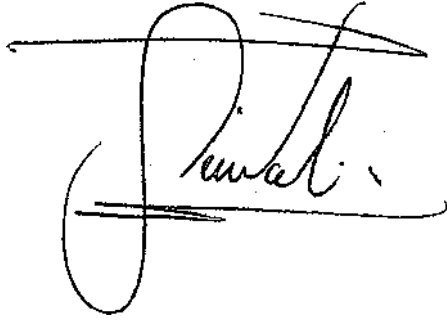
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

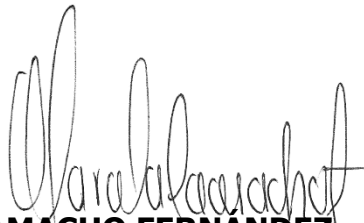


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUZ ESTHELA PATARROYO CAMARGO
Demandados: COLFONDOS S.A, SKANDIA S.A y COLPENSIONES
Radicación: 11001-31050-20-2021-00037-01
Tema: INEFICACIA DEL TARSLADO

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. GUSTAVO ENRIQUE MARTÍNEZ GONZÁLEZ, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Esthela Patarroyo Camargo instauró demanda ordinaria laboral contra COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada el 17 de julio de 1995 y, en consecuencia, se ordene a SKANDIA S.A a trasladar a la señora Luz Esthela Patarroyo Camargo, junto con todos los valores que hubiese recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos causados al RPMPD; que se ordene a COLPENSIONES a recibir como afiliada a la demandante, sin solución de continuidad; lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 10 de enero de 1970, que cotizó para pensión en la Caja de Previsión Distrital desde el 05 de agosto de 1993 hasta el 31 de agosto de 1995; que se trasladó el 17 de julio de 1995 a COLFONDOS S.A.; que al momento del traslado no fue asesorada de manera clara, completa, suficiente y veraz; que el 19 de mayo de 2017 fue afiliada a SKANDIA S.A; que el 16 de octubre del 2020 solicitó a COLPENSIONES su afiliación sin solución de continuidad, pero le fue negado mediante oficio el 19 de octubre de 2020; que realizó peticiones de anulación de afiliación en COLFONDOS S.A. el 17 de septiembre del 2020 y en SKANDIA S.A el 29 de septiembre del 2020, las cuales fueron negadas el 01 de octubre del 2020 y el 16 de octubre del 2020, respectivamente. (Expediente electrónico PDF- 01- "Expediente digital". Fol. 2 a 9)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico-PDF- 01- Expediente digital. Folio. 48); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. COLPENSIONES. La demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones presentadas en la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta de información o que se presencie algún vicio de consentimiento, error, fuerza o dolo; que no se evidencia alguna nota de protesto o anotación en el cual se evidencie inconformidad por su permanencia en la RAIS, además, su vinculación se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (Expediente electrónico PDF- 05)

3.2. SKANDIA S.A. La demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones presentadas en la demanda esgrimiendo que la selección de régimen dentro del sistema pensional es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que, al seleccionar el RAIS, aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, también se precisa que el hecho de suscribir el formulario de afiliación se demuestra que se le brindó la información necesaria y pertinente a la afiliada. Propuso como excepciones de fondo las de actos de relacionamiento, SKANDIA S.A. no participó ni intervino en el momento de la selección del régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal- falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de la acción que se derivan del contrato de seguro, buena fe e innominada y genérica. (Expediente electrónico PDF 03)

3.3 COLFONDOS S.A. La demandada manifestó que sí brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen; que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas, desventajas y el derecho de rentabilidad propio del régimen. Como excepciones propuso la inexistencia de la obligación, falta de legitimidad de la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción, compensación y pago, y la innominada o genérica. (Expediente electrónico PDF 04)

3.4 MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.: Fue llamada en garantía y en ese orden se opuso a las pretensiones de la demanda toda vez que el acto de afiliación realizado por SKANDIA S.A. fue un acto libre, lícito, espontáneo e informado por lo que, la demandante carece de derecho material que posibilite una estimación por parte del juzgado. Con respecto al llamamiento en garantía se opone a la pretensión encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro provisional. Propuso como excepciones de mérito las que denominó el acto jurídico de afiliación fue debidamente informado, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, inexistencia de derecho contractual por parte de Skandia S.A., inexistencia de amparo y/ o cobertura, en caso de condena no se encuentra obligada a efectuar devolución de primas, no le es oponible los efectos de una eventual condena a Skandia

S.A., prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, y reconocimiento oficioso de excepciones. (Expediente electrónico PDF No 11)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de septiembre de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de RPM a la RAIS efectuado a la AFP COLFONDOS el 17 de julio de 1995 y el posterior traslado horizontal a SKANDIA S.A. el 19 de mayo del 2017; declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES; ordenó a SKANDIA S.A. a devolver todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, junto con los rendimientos causados con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiere a su respectivo emisor; ordenó que caso de existir aportes en COLFONDOS S.A, deberán ser trasladados a COLPENSIONES; absolvió a la llamada en garantía; condenó en costas a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. y a favor de la demanda, y a SKANDIA S.A. a favor de MAPFRE S.A..

El a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL3034 del 2021, en virtud de la cual, según lo previsto en los artículos 13, literal b) y 271 y 272 de la ley 100 de 1993, lo que debe analizarse es sí el acto jurídico resulta eficaz. Por lo tanto, debe verificarse si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado del régimen.

En ese sentido, consideró que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación.

En conclusión, consideró que las AFP COLFONDOS S.A y SKANDIA S.A, no lograron demostrar que hayan informado a la actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegaron pruebas suficientes de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de las AFPs, por lo que, no quedaba otro camino que declarar ineficaz el traslado de régimen de la demandante, con la devolución por parte de SKANDIA S.A de las cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, adicionalmente, si en COLFONDOS S.A, aún se encuentran saldos de la demandante, también deben ser devueltos.

Con respecto a la excepción planteada por COLPENSIONES, en la que alegaba que la demandante nunca ha pertenecido a esta aseguradora, el a quo consideró que, si bien es cierto que ella no figuraba como afiliada en COLPENSIONES, en la medida en que se encontraba cotizando en la Caja de Previsión Distrital, la cual pertenecía al RPM, lo cierto es que, después de la entrada en vigencia la ley 100 de 1993, la única administradora de pensiones del RPM es COLPENSIONES, por lo que es tal entidad la que debe recibir a la actora sin solución de continuidad. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción por tratarse de un derecho de carácter imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. Presentó recurso de apelación COLPENSIONES, manifestando que se revoque la decisión tomada por el a quo y en su lugar se absuelva de todas las pretensiones, toda vez que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del traslado de régimen, pues está a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional; que la demandante mantuvo su afiliación en el RAIS durante 27 años consecutivos, en los cuales no mostró ninguna clase de voluntad de trasladarse al RPM, motivo por el cual se puede inferir que la permanecía en dicho régimen fue de manera libre y voluntaria; que las AFPs en las cuales se encontraba afiliada la demandante cumplieron a cabalidad las normativas que existían en ese momento, por lo que no se puede declarar que el traslado sea ineficaz; que la demandante nunca ha

pertenecido a COLPENSIONES, por lo que el traslado radiaría en un detrimento de los dineros públicos que benefician a los demás afiliados que han cotizado debidamente en el RPM.

6. Alegatos de conclusión. Dentro de la oportunidad procesal COLPENSIONES solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que el actor se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema; que debe prosperar la excepción de prescripción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Luz Esthela Patarroyo Camargo realizaba cotizaciones para pensión en la Caja de Previsión Distrital, hoy FONCEP desde el 05 de agosto de 1993 hasta el 31 de agosto de 1995 (Fols. 104 archivo No 01); que se trasladó el 17 de julio de 1995 a COLFONDOS S.A. (Fols. 93 archivo No 04); posteriormente a ello, de manera transversal se trasladó a SKANDIA S.A. mediante formulario de fecha 19 de mayo de 2017 (Fols. 33 archivo No 03), entidad donde se encuentra actualmente.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo

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

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A., esto es, el 17 de julio de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra

acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "*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*".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió COLFONDOS S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 17 de julio de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se*

cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Respecto del asunto que gira en torno a que la demandante no se encontraba afiliada a COLPENSIONES antes del traslado, acota la Sala que, de conformidad a los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018, SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, en las que se señala los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES, tal como lo señaló el fallador de primera instancia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes en una Caja de Previsión Distrital, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019).

En este punto valga traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia STL8362-2022, en la que adocina:

"Tales apreciaciones del juzgador de instancia no las comparte ni avala esta Corporación, dada la circunstancia particular que se presenta en este caso por el hecho de haberse trasladado la demandante al RAIS, estando afiliada a un fondo previsional del sector público, Pensiones de Antioquia. Al respecto conviene recordar que el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 autorizó a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrar el régimen de prima media con prestación definida respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio del derecho de selección de régimen.

De igual manera, el Decreto 2527 de 2000 en su artículo 3º dispuso que los servidores públicos que a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones se encontraban afiliados a las cajas, fondos o entidades de seguridad social de que trataba el inciso segundo del artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y se desvincularan de la entidad pública a través de la cual estaban afiliados a dichas cajas, fondos o entidades, para continuar cotizando al sistema general de pensiones deberían afiliarse al Instituto de los Seguros Sociales o a una administradora de pensiones del régimen de ahorro individual, salvo que su vinculación a la otra entidad se produjera sin solución de continuidad, esto en los términos del artículo 60 del Decreto-Ley 1042 de 1978.

(...)

Lo anterior se acompaña por lo dicho por esta Sala, entre otras providencias, en la SL4334-2021, SL2208-2021 y SL1637-2022”.

Así las cosas, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en las sentencias atrás referidas.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 – sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma no congloba de manera expresa los gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, así como la indexación y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

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

RESUELVE

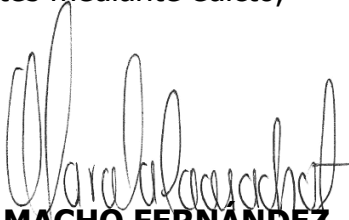
PRIMERO: ADICIONAR al numeral **TERCERO y CUARTO** de la sentencia proferida el 16 de septiembre del 2022, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP) para que trasladen si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en los referidos numerales, también traslade de manera íntegra a COLPENSIONES, los **gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, debidamente**

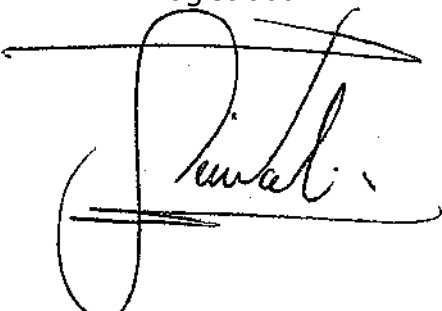
indexados, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

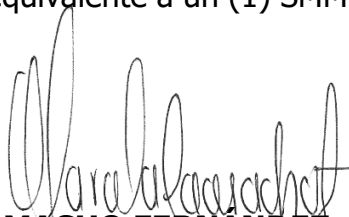

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JESÚS HOYOS ARISTIZABAL
DEMANDADO: COLPENSIONES y OTROS
RADICACIÓN: 29-2021-00455-01
ASUNTO: CONSULTA Y APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JESÚS HOYOS ARISTIZABAL instauró demanda ordinaria contra de Colpensiones, Porvenir S.A., y Old mutual S.A., con el fin de que se declare la ineffectividad del traslado del RPMPD al RAIS; asimismo se declare que el demandante continúa afiliado al RPMPD; en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. a trasladar los saldos consignado en la cuenta de ahorro individual del demandante, como bonos pensionales, sumas adicionales con sus frutos e intereses; así mismo a que Colpensiones reciba los dineros que le sean trasladados del RAIS y reactivar su afiliación. Finalmente, que se condene en costas a las demandadas.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 31 de marzo de 1961; se afilió al ISS el 16 de julio de 1979; manifiesta que en el mes de mayo de 1994 cotizó a Colmena, hoy Protección S.A.; que el asesor le informó que el ISS se iba acabar y que su mesada sería más alta en el RAIS; que no se le informó sobre el capital necesario para pensionarse; que la AFP omitió su deber de información y buen consejo, al no brindar la información suficiente sobre las consecuencias de trasladarse de régimen pensional; que se afilió a Old Mutual, hoy Skandia S.A.; que luego se trasladó a Porvenir S.A.; que el 28 de septiembre de 2021 solicitó a Porvenir S.A. una proyección pensional, pero no le fue atendida; que el 30 de septiembre de 2019 solicitó a Colpensiones el traslado del RAIS al RPMPD, pero le manifestaron que no era procedente porque no cuenta con 15 años o más de servicio al 1 de abril de 1994. (pág.

1 a 15 PDF No 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (PDF- NOTIFICACIÓN AGENCIA); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones manifestando que se observa las afiliaciones realizadas por el demandante a los fondos Protección S.A., Porvenir S.A., y Skandia S.A, fueron de manera libre y voluntaria, por lo tanto, no se evidencian vicios en el consentimiento como error, fuerza, o dolo; que Colpensiones se encuentra imposibilitada para tener como afiliado al demandante; que la afiliación a la AFP Porvenir S.A. se dio con los

requisitos legales al momento del traslado. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condenar en costas, y declaratoria de otras excepciones (Folio. 2 a 14 archivo No 11)

3.2 PORVENIR S.A.: Presentó oposición a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda manifestando que la afiliación realizada el 9 de noviembre de 2007, fue una decisión libre y voluntaria e informada; que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPMPD, ya que realizó aportes de manera voluntaria y continua por más de 27 años; que no existen vicios en el consentimiento; que no se puede ordenar el traslado de gastos de administración, porque se configura un enriquecimiento ilícito a favor de esta Colpensiones. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (Folios. 2 a 23 archivo No 9)

3.3 SKANDIA S.A.: Presentó oposición a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda manifestando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, igualmente, que la afiliación se realizó bajo los lineamientos del ordenamiento jurídico; que Skandia S.A. siempre ha actuado de buena fe. Propuso como excepciones de mérito las que denomino cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, Skandia S.A. no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal-falta de intereses negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro- gastos de administración, buena fe, y la genérica (Folios. 2 a 15 archivo No 10)

3.4 PROTECCION S.A.: Presentó oposición a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda manifestando que el acto de traslado es un acto existente, exento de vicios del consentimiento; que el formulario de vinculación que suscribió el demandante se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión; que las expectativas en su pensión de vejez no genera la ineficacia del traslado. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al acceso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP - inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración de cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, y la innominada o genérica (Folios. 2 a 19 archivo No 13)

3.5. MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. Fue llamada en garantía y en ese orden se opuso a las pretensiones de la demanda toda vez que el acto de afiliación realizado por SKANDIA S.A. fue un acto libre, lícito, espontaneo e informado por lo que,

la demandante carece de derecho material que posibilite una estimación por parte del juzgado. Con respecto al llamamiento en garantía se opone a la pretensión encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro provisional. Propuso como excepciones de mérito las que denominó el acto jurídico de afiliación fue debidamente informado, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, inexistencia de derecho contractual por parte de Skandia S.A., inexistencia de amparo y/ o cobertura, en caso de condena no se encuentra obligada a efectuar devolución de primas, no le es oponible los efectos de una eventual condena a Skandia S.A., prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, y reconocimiento oficioso de excepciones. (Folios. 2 a 19 archivo No 17)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 04 de octubre de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional del demandante a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., realizada el 11 de abril de 1994, con fecha de efectividad 01 de mayo de 1994. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD; ordenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos su frutos e intereses, gastos de administración, comisiones y los rendimientos que se hubiere causado; ordenó a COLPENSIONES a recibir y aceptar el traslado de cotizaciones rendimientos y demás emolumentos y validar la afiliación del demandante al RPMPD; condenó en costas a las demandadas, a excepción de COLPENSIONES y MAPFRE S.A.; y absolvió a la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en lo reiterado al respecto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, precisando que si bien el deber de información ha tenido una evolución histórica y ha sido cada vez más exigente, lo cierto es que para la fecha del traslado estaba en cabeza de las administradoras la obligación de suministrar a los eventuales afiliados la información amplia, oportuna y suficiente; que el formulario de afiliación no es prueba suficiente, ya que no demuestra el cumplimiento del deber de información exigido. Definió que en estos casos no procede la excepción de prescripción ya que se trata de un derecho ligado a la pensión de vejez.

Concluyó que la AFP PROTECCIÓN S.A. no demostró en juicio qué información se le suministró al demandante, por lo que había lugar a declarar la ineficacia del traslado por falta al deber de información.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por COLPENSIONES quien manifiesta que debe incluirse los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante. Manifiesta que no presentará alegatos de conclusión.

6.2 Porvenir S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder,

insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

6.3 Mapfre S.A.: Solicita que se mantenga incólume la absolución a tal entidad proferida en primera instancia.

6.4 Skandia S.A.: Aduce que se mantenga la sentencia de primera instancia en lo relacionado con aquella entidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor JESÚS HOYOS ARISTIZABAL, empezó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida desde el 15 de septiembre de 1986 hasta el 03 de octubre de 1994, conforme

aparece en historial expedido por Colpensiones (Folio. 364 archivo No 12); que se trasladó el 11 de abril de 1994 a la AFP Colmena, hoy PROTECCIÓN S.A, según formulario de afiliación (Folio. 21 archivo No 13); que el 13 de febrero de 2004 se trasladó a SKANDIA S.A. (Folio. 27 archivo No 10); que finalmente, el 09 de noviembre de 2007 se trasladó a PORVENIR S.A. (Folio. 74 archivo No 09), entidad donde se encuentra actualmente según su historial de cotizaciones.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
----------------------------	--	--

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a PROTECCIÓN S.A., esto es, 11 de abril de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes que debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que el actor estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado

permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***“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”***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1994.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 11 de abril de 1994, queda sin efectos el consecutivo traslado efectuado al interior del RAIS, el que se itera, no convalida el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep.

2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas, debidamente indexado, incluido el tiempo de permanencia de la actora en cada una de las AFP (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no se hizo extensiva la condena a la AFP PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., y no congloba de manera expresa la devolución de lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por lo que habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *".../las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también

es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia no se impondrán costas dado que le prosperó parcialmente el recurso de alzada a COLPENSIONES en lo relativo a la devolución integral de los aportes. Las de primera se confirman.

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

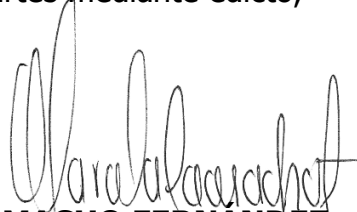
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 04 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la AFP PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. (durante la vigencia de la afiliación en cada AF), trasladen a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, los **descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, ordenando que dichos conceptos, se devuelvan debidamente indexados, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

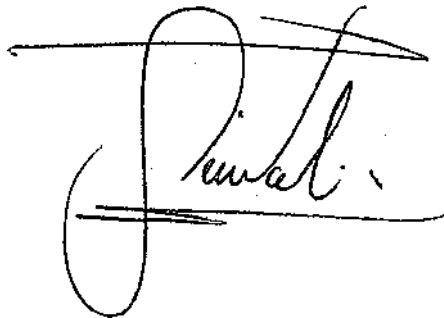
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DOLLY ZULUAGA TAPAZCO
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Radicación: 110013105-38-2021-00171-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Dolly Zuluaga Tapasco instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene a las AFP demandadas que se traslade el valor de los saldos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos. Así mismo, solicitó que Colpensiones reciba a la demandante y la mantenga afiliada sin solución de continuidad, lo que resulte probado ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que estuvo afiliada al ISS, hoy COLPENSIONES desde el 14 de junio de 1988 hasta marzo de 1997; que se afilió a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. en abril de 1997; que PORVENIR S.A. no le brindó ningún tipo de asesoría, ni información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes, tampoco los eventuales riesgos que podía tener tal decisión; que mediante solicitud con radicado No. 2021-3854331-26553542 del 05 de abril del 2021, solicitó a COLPENSIONES el traslado del RAIS al RPM, solicitud que le fue rechazada el mismo día; que actualmente se encuentra vinculada a la AFP COLFONDOS S.A. (Fols. 1 a 24 archivo No 05).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF No 07); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones: En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que la AFP PORVENIR S.A realizó la afiliación de la demandante de manera que no viciara su consentimiento, toda vez que esta se hizo de forma libre, voluntaria y sin vicios de consentimiento (error, el dolo y fuerza), prueba de ello, se encuentra la suscripción y firma del formulario de afiliación de la AFP. También pone de presente que la demandante se encuentra en la prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 por lo que, el traslado resulta improcedente. Como excepciones de mérito propone las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, no

procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (Fols. 1 a 24 archivo No 11)

3.2. AFP Porvenir S.A.: Se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma que aparecen formuladas en la demanda, sustentando que, al momento de realizar el traslado a PORVENIR S.A. la demandante recibió por parte de la AFP la información de manera clara, precisa, veraz y suficiente, instruyendo a la actora en el funcionamiento, características y condiciones del RAIS. Así mismo, indica que se le mencionaron las implicaciones de su traslado y los requisitos necesarios para pensionarse bajo este régimen, motivo por el cual, la decisión de realizar el traslado del RPM al RAIS fue de manera libre, espontánea e informada. Aduce que a la actora se le garantizó el derecho de retracto por parte de PORVENIR S.A., toda vez que se publicó el 14 de enero de 2004 en el diario el Tiempo un comunicado en el cual se informaba la posibilidad que tenían los afiliados de trasladarse de régimen. Propuso como excepciones de mérito las que rotuló como prescripción, la buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica. (Fols. 1 a 25 archivo No 12)

3.3 AFP Colfondos S.A.: Se opuso frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas que involucren directamente a la AFP, especialmente que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante a COLFONDOS S.A., aduciendo que al momento del traslado de la demandada se le brindó una asesoría de manera integral y completa respecto a todas y cada una de las implicaciones de la decisión de trasladarse de régimen, por lo cual, la declaración de nulidad y/o ineficacia carecería de fundamento jurídico y asidero fáctico, además no se aportaron elementos probatorios que demostraran el hecho de que la afiliación a COLFONDOS S.A. hubiese sido permeada por vicios del consentimiento, error, fuerza o dolo, por el contrario, la suscripción del formulario fue de manera libre y voluntaria por parte de la actora. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, la falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago. (Fols. 1 a 14 archivo No 13)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 05 de octubre de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ilegalidad de la afiliación y traslado realizado por DOLLY ZULUAGA TAPAZCO con destino a la AFP HORIZONTE, hoy PROVENIR S.A. realizada el 20 de marzo de 1997; ordenó a COLPENSIONES y a las AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. que conjuntamente adelantarán las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar al RPM administrado por COLPENSIONES, las cotizaciones integrales efectuadas por la demandante con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada irregularmente a ese régimen, debiendo transferirse las respectivas cotizaciones integrales debidamente indexadas, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE; se declaran no probadas las excepciones; y finalmente se condena en costas a PORVENIR S.A.

El a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en su sentencia SL2929 del 2022, en virtud de la cual, según lo previsto en los artículos 13, literal b) y 271 de la ley 100 de 1993, lo que debe analizarse es sí el acto jurídico resulta eficaz. Por lo tanto, debe verificarse si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado del régimen.

En ese sentido, consideró que es deber de las AFP el suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, las ventajas y

desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Considero de igual manera que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales. De igual manera, acotó que las AFP son quienes tienen la carga de la prueba, toda vez que la afirmación de no recibir la información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar por parte del fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que se cumplió con dicha obligación.

En conclusión, el a quo consideró que tanto PORVENIR S.A., como COLFONDOS S.A. no lograron demostrar que hayan informado a la actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de la AFP, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar ineficaz el traslado de régimen con sus respectivas consecuencias, entre las cuales se encuentran que las AFP demandadas y COLPENSIONES adelanten las gestiones administrativas correspondientes para poder reembolsar los recursos que se encuentren en las administradoras de pensiones demandadas por concepto de cotizaciones pensionales, debidamente indexadas y como es COLFONDOS S.A. la AFP en la cual se encuentra actualmente la demandante, esta será la encargada de realizar las devoluciones pertinentes, en caso de ser insuficientes, deberá aplicarse la diferencia con cargo a los recursos propios, sin lugar a efectuar descuento alguno por valor de cuotas de administración. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción por tratarse de un derecho ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales:

5.1 Colpensiones Interpuso recurso de apelación señalando que, en primer lugar, la accionante se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal de traslado, la cual se encuentra establecida en la ley 797 del año 2003 debido a que está a pocos años de recibir la pensión de vejez. También hace énfasis en el literal b) del artículo 66 de la ley 100 de 1993, el cual expresa que la selección de cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien, para tal efecto lo manifestará por escrito, por lo cual, al futuro afiliado hizo la suscripción del formulario de afiliación, donde se demuestra que su consentimiento no ha sido viciado. Expone que en el proceso se observó como la demandante no presentó inconformidad alguna en el tiempo que llevaba suscrita a la RAIS, debido a que no presentó queja alguna ante las entidades en las que se encontraba afiliada. Finalmente argumenta que, si bien las AFP deben informar de manera clara a sus futuros afiliados sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen, lo cierto es que, es deber de los usuarios el investigar sobre la AFP que escogió de manera voluntaria y sobre su situación pensional.

5.2 Porvenir S.A.: Solicita que se revoque de manera parcial la decisión de instancia en lo referido a la indexación de sumas; argumenta que los gastos de administración son de tracto sucesivo por lo cual es imposible el generar la devolución de estos en su totalidad a COLPENSIONES; manifiesta de igual manera que, PORVENIR S.A. actuó debidamente, brindándole a la afiliada la asesoría completa y clara antes de la suscripción del formulario; que cuando la actora se trasladó a COLFONDOS S.A. todos los valores le fueron trasladados a este fondo de pensiones. Manifiesta que el hecho de retornar estos valores a COLPENSIONES hace que haya lugar a generar un enriquecimiento sin justa causa; también alega que no hay lugar a generar ninguna clase de indexación toda vez que los rendimientos superan cualquier devaluación económica que pudiera haberse presentado dentro de la cuenta individual de la demandante.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación.

6.2 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción; que debe tenerse en cuenta el salvamento de voto de la sentencia de tutela con radicado No 5912 del 13 de mayo de 2022.

6.3 DEMANDANTE.: Solicita que sea confirmada la decisión que declaró la ineficacia del traslado, dado que no se cumplió con el deber de información tal como lo exige la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no ilegalidad ni nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad ni la ilegalidad**, conforme

se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Dolly Zuluaga Tapasco se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES el 14 de junio de 1988 con cotizaciones hasta el 27 de abril de 1997 (Fols. 94 a 95 archivo No 13); que se trasladó a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 02 de marzo de 1997 (Fols. 75 archivo No 12); que luego se trasladó a COLFONDOS S.A. el 28 de diciembre de 1998 (Fol. 92 archivo No 13), entidad donde se encuentra actualmente cotizando.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
---------------------	---	---

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., esto es 02 de marzo de 1997, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial

afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***"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"***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió PORVENIR S.A. en el año 1997, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 02 de marzo de 1997, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, si bien la orden se hizo extensiva a ambas AFP del RAIS, la misma no congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos

ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. dado que no les prosperó el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

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

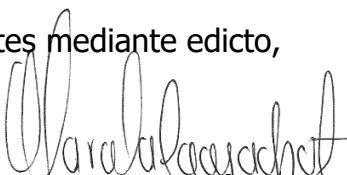
RESUELVE

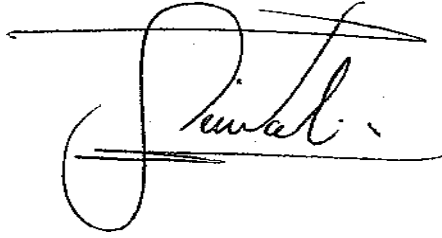
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 05 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. (durante la vigencia de la afiliación en cada AF), trasladen a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **los gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, ordenando que dichos conceptos, se devuelvan debidamente indexados, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

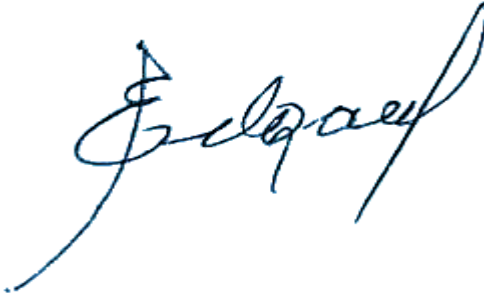
TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

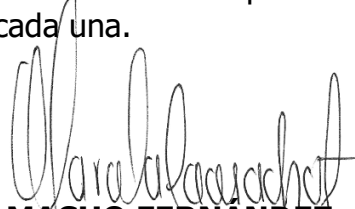


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ALBA JANETH ORTIZ LOZANO
DEMANDADO: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 11-2018-00648-01
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. SANTIAGO BERNAL PALACIOS, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ALBA JANETH ORTIZ LOZANO instauró demanda ordinaria contra de Colpensiones y Colfondos S.A., para que se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS, en consecuencia, se ordene a Colfondos S.A. que traslade los saldos consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y que Colpensiones reconozca y pague la pensión de vejez, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 8 de octubre de 1960; que venía afiliada al ISS, hoy Colpensiones, pero se trasladó a Colfondos S.A., sin que esta entidad le haya suministrado la información suficiente de las consecuencias y beneficios del cambio de régimen pensional; que realizó solicitud de nulidad ante Colfondos, pero el 16 de octubre de 2018 le dio respuesta negativa; que debido a la falta de información, COLPENSIONES le dejó de reconocer la pensión de vejez pese a contar con más de 57 años de edad y 1.300 semanas cotizadas. (folio 1 a 22 ANEXO 02 ZIP 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 7 a 8 archivo No 09 Zip); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones manifestando que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición; que no obra prueba alguna respecto a que se le hubiera hecho incurrir en error, o falta la deber de información, así mismo no se evidencian ningún vicio del consentimiento error, fuerza o dolo; que el traslado de regimen se realizó de manera libre y voluntaria; que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU -062 de 2010. Propuso como excepciones de fondo las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al

regimen de prima media con prestación definida, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administrativas de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (Folio.

1 a 42 ANEXO 11 ZIP 01)

3.2 COLFONDOS S.A.: Presentó oposición a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda manifestando que la demandante se afilió de manera libre y voluntaria; manifestó que los asesores son personas capacitadas, por lo que, al momento de la afiliación brindaron información completa y necesaria, así como las características, ventajas y desventajas entre ambos regímenes; que el traslado se dio bajo los requisitos legales exigidos; que el traslado fue un negocio jurídico válido, de manera que no se presentan causal de ineficacia. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al regimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, y compensación y pago (Folio 1 a 19 ANEXO 14 ZIP 01)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de mayo de 2022, en la que la falladora declaró la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizada el 13 de enero de 2011 a través de Colfondos, como consecuencia de lo anterior, condenó a la AFP a trasladar a Colpensiones los valores que hubiere recibir con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, debidamente indexados; condenó a Colpensiones a recibir de Colfondos todos los emolumentos y activar la afiliación de la demandante; absolvió de las demás demandas incoadas en su contra; declaró no probadas la excepción de prescripción y condenó en costas a Colfondos S.A.. (6)

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en lo reiterado al respecto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, precisando que la controversia se aborda desde la figura de la ineficacia del traslado y no desde la nulidad, así mismo, que el hecho de que la demandante pertenezca o no al régimen de transición o que no tuviera una expectativa legítima para pensionarse bajo el régimen público, no necesariamente conlleva que pierda la posibilidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida en el evento en el que no se demuestre por parte de la AFP que suministró en formación clara y concreta al momento del acto jurídico de traslado.

Concluyó que del material probatorio no se evidencia que Colfondos dentro de su responsabilidad de carácter profesional, haya informado o asesorado a la actora de los beneficios y consecuencias que conlleva el traslado de régimen pensional, sin que sea suficiente la suscripción del formulario de afiliación, por lo que, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del régimen.

Frente a Colpensiones indicó que tendrá que aceptar la afiliación de la demandante y recibir la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de Colfondos S.A., sin que sea procedente el reconocimiento pensional, ya que aún no cuenta con los aportes pensionales para financiar la prestación. Finalmente, solo gravó en costas a Colfondos S.A.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales:

5.1 DEMANDANTE: Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que, se debe adicionar el numeral sexto de la parte resolutive de la sentencia, ya que si bien se condenó en costas a Colfondos S.A., lo cierto es que, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, debe también condenarse en costas a COLPENSIONES, entidad que fue vencida en el proceso, además que presentó oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

5.2 COLPENSIONES: Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que la demandante no cumple los presupuesto de la sentencia SU062 del 2010 para el retorno al régimen de prima media con prestación definida; que la parte demandante no cumple con los requisitos establecidos para el traslado al régimen de prima media conforme el artículo 2° de la Ley 797 2003, pues le faltan 10 años o menos para cumplir la edad; que para el momento del traslado tenía una mera expectativa de pensionarse y ello imposibilita el poder regresar o retornar al régimen de prima media.

9. Alegatos de conclusión. Dentro de la oportunidad procesal COLPENSIONES solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema; de manera subsidiaria que se ordene a la AFP el traslado integral de las cotizaciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte DEMANDANTE y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del

literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora ALBA JANETH ORTIZ LOZANO, empezó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida desde el 19 de noviembre de 1987, hasta el 28 de febrero de 2001, conforme aparece en historial expedido por Colpensiones (Folio. 1 a 7 Expediente administrativo); que se trasladó de régimen a COLFONDOS S.A. el 13 de enero de 2001, a la AFP Colfondos según formulario de afiliación (Folio. 4 archivo No 15 anexos) donde se encuentra actualmente según su historial de cotización.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2001-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a COLFONDOS S.A., esto es, 13 de enero de 2001, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además,

indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al

RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL2208-2021 y SL1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que **los conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución del porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

9. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

10. Costas de primera instancia. En lo relacionado con la inconformidad planteada por la parte actora frente a las costas, habrá de decirse que le asiste razón, ya que de conformidad con el artículo 365 del CGP, la parte vencida debe ser condenada en costas, siendo que no solo fungió COLPENSIONES como demandada, sino que también presentó férrea oposición a las pretensiones, lo que hace viable la imposición de las mismas. En ese orden, se modificará el numeral sexto de la sentencia apelada en el sentido de ordenar la imposición en costas a COLPENSIONES.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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

RESUELVE

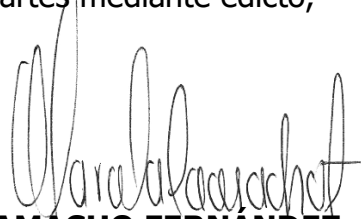
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2022, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP COLFONDOS S.A.** a devolver a Colpensiones, los porcentajes destinados a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEXTO de la sentencia referida, en el sentido de ordenar la imposición de costas a cargo de COLPENSIONES y a favor de la parte demandante. Tásense.

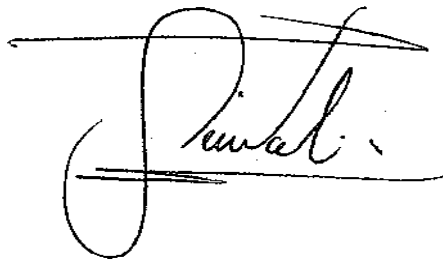
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

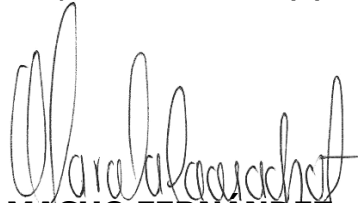


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: NELLY NIETO FORERO
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 09-2019- 00435-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Nelly Nieto Forero instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene al fondo accionado traslade el valor de los saldos consignados en su cuenta de ahorro individual, junto con los gastos de administración. Así mismo, solicitó que Colpensiones acepte su vinculación en el RPM y reciba los aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración, con el consecuente reconocimiento de la pensión de vejez; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 17 de octubre de 1959 y comenzó a cotizar al ISS desde el 6 de agosto de 1986, hasta que el 1° de julio de 1996 suscribió vinculación al RAIS, administrado por AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. Indicó que el traslado no estuvo precedido de ningún tipo de asesoría, tampoco de información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes, ni los eventuales riesgos que podía tener tal decisión, siendo inducida a engaños.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda aduciendo que la afiliación al RAIS es válida, ya que es imposible probar las circunstancias de modo y lugar en que se cambió, de ahí que es responsabilidad de la actora probar que se dio mediante engaños o algún vicio del consentimiento. Indicó que la decisión del traslado se dio de manera libre y voluntaria, de manera que no era deber de Colpensiones brindar la información a la parte actora acerca de los riesgos y beneficios del traslado, ya que este deber le corresponde a la AFP. Propuso como excepciones las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48

de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2005, compensación, prescripción y genérica.

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la demandante no allega prueba que demuestre el sustento de sus pedimentos, ya que el traslado se dio según el Decreto 663 de 1993, cumpliendo con el deber de información exigido para ese momento. Formuló 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.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1º de noviembre del 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, en consecuencia, ordenó a AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones aquellos valores que se hubieran podido recibir con motivo de la afiliación y que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones y gastos de administración; dineros que deberán ser trasladados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC reportado y aporte pagados. Por último, condenó a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de vejez y gravó en costas a la AFP Porvenir S.A.

Para arribar a tal decisiva citó el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para significar que el traslado de régimen pensional debe estar precedido de un consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, estando en cabeza de la AFP el deber de información, por tanto, la decisión debe ser libre y voluntaria. Indicó que el afiliado debe conocer los riesgos y beneficios de cada uno de los dos regímenes, sin que la firma del formulario acredite el cumplimiento de este deber. Bajo ese horizonte, se adentra al análisis probatorio y evidenció la falta de medio de convicción tendiente a demostrar el cumplimiento del deber de información, lo que le imponía declarar la ineficacia del traslado. En cuanto a la pensión de vejez, aplicó la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003 y verificó que la demandante cumple con los requisitos exigidos por la citada norma, de ahí que debía acceder a su reconocimiento.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1 Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación esgrimiendo que la demandante dentro del proceso no aportó prueba tendiente a demostrar que hubo algún vicio del consentimiento, en tanto que así no lo registró al firmar el formulario de afiliación. Indicó que el desconcierto que se tiene sobre el monto de la mesada pensional en el RAIS, no es razón suficiente para generar la ineficacia, máxime cuando fue negligente la actora, quien no buscó información acerca de su futuro pensional.

5.2. AFP Porvenir S.A. En su alzada esbozó que, aunque existe un precedente jurisprudencial acerca de la ineficacia del traslado de régimen, este no se puede aplicar libremente, ya que la CSJ ha reiterado que cada caso es distinto y para que se pueda aplicar, los hechos tienen que ser iguales, lo cual no sucede en el presente caso, en tanto que brindó a la actora la información necesaria para conocer los riesgos y beneficios de cada régimen, quien debía buscar e indagar acerca de su futuro pensional. Refirió que los gastos de administración no deben ser devueltos debido a que estos fueron usados de manera correcta por la AFP en uso de la facultad prevista en la Ley 100 de 1993, aunado

a que de mantenerse su devolución sería para Colpensiones un enriquecimiento sin justa causa, máxime cuando los recursos no se encuentran en su poder.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar la información de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute al derecho pensional, es decir, ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, beneficios e inconvenientes de los diferentes regímenes, situación que no sucedió en el presente asunto, pues así lo ilustró suficientemente en su interrogatorio, cuando indicó que nunca recibió asesoría por parte de la Administradora del Fondo de Pensiones para efectuar su traslado, que por el contrario, lo único que ocurrió, fue un llamado del área de nómina de la empresa en donde laboraba para firmar un documento.

6.2. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones refirió que previa asesoría verbal, amplia y suficiente brindada de forma individual en el lugar de trabajo de la parte actora, su afiliación con la AFP se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como fue admitido expresamente y como además se lee del formulario de afiliación suscrito, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento una documental que, debidamente estructurada, figura en los términos de ley como medio probatorio de la libertad y el consentimiento informado de la accionante al momento de realizar su vinculación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de la entidad pública en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (vi) ¿Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no

ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Nelly Nieto Forero se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 6 de agosto de 1986 hasta el 8 de mayo de 1996 conforme aparece en la historia laboral que fue arrimada por la misma demandada; quien se trasladó de régimen a AFP Horizonte S.A. el 1º de mayo de 1996, según formulario de afiliación núm. 574079 y BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías el 3 de septiembre de 2009, mediante la suscripción del formulario núm. 43716, fondo de pensiones que fueron absorbidos por AFP Porvenir S.A.; entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras	Contenido mínimo y alcance del deber de información
---------------------	--	---

	pensiones a dar información	
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., esto es, 1° de mayo de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la

sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales, como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación.

9. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al

ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

10. Pensión de vejez - Ley 797 del 2003. Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1° de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1° de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

10.1. Edad. La demandante cumplió el requisito de edad de los 57 años el 17 de octubre del 2016, toda vez que nació el 17 de octubre de 1959, como da cuenta la fotocopia de su cédula que reposa en el expediente electrónico.

10.2. Semanas. Revisada la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A., se constata que, a marzo de 2019 la demandante cuenta con un total de 1647 semanas, por tanto, es claro que la gestora del proceso tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, por lo que así se declarará.

11. Disfrute de la pensión y liquidación. Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990. En consecuencia, se evidencia que la falladora de primer grado no se equivocó al reconocer la pensión de vejez a la demandante, a partir del 17 de octubre del 2016, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, pero con efectos fiscales desde la fecha de desafiliación del sistema, pues no encuentra demostración en el proceso el retiro del sistema para acceder desde aquella data a la prestación económica reclamada. Tampoco erró al señalar que para su liquidación se deberá tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, en el porcentaje que le corresponda conforme al art. 34 de la Ley 100 de 1993 y teniendo un salario base de liquidación de toda la vida o por los diez últimos años de cotización, lo que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año. Ni cometió desafuero alguno al referir que Colpensiones deberá tener en cuenta que como la actora causó su pensión con posterioridad al Acto legislativo 01 de 2005, tendrá derecho a **13 mesadas pensionales al año.**

12. Conclusión. En consecuencia, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados en términos del artículo 365 del C.G.P. Las de primera se confirman.

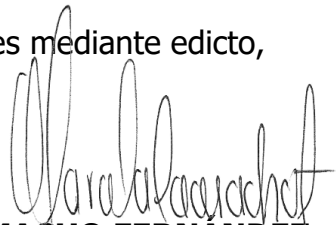
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

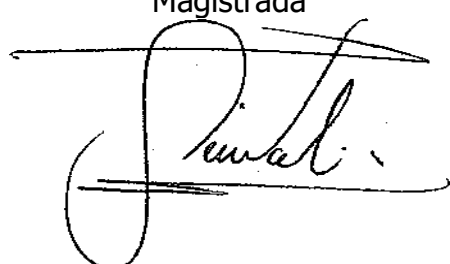
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1° de noviembre del 2022, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

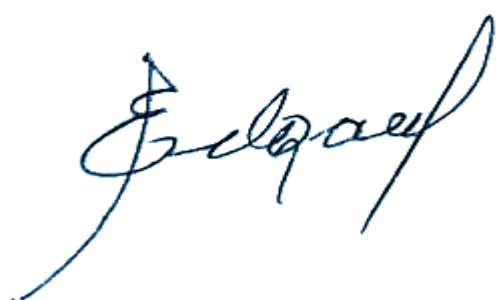
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

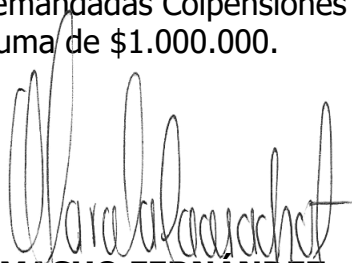


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *EDILBERTO PÉREZ CASALLAS*
DEMANDADO: *FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.*
RADICACIÓN: *110013105-010-2019-00762-01*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA*
TEMA: *INDEXACIÓN RETROACTIVO*

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor EDILBERTO PÉREZ CASALLAS a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - FONCEP, a reconocer y pagar a su favor la indexación sobre el valor de cada una de las mesadas pensionales desde su causación y hasta la fecha en que se produjo el pago de las mismas, y de manera subsidiaria que se condene al reconocimiento y pago de los intereses legales sobre las mesadas pensionales desde su causación y hasta cuando se produjo el pago.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante proceso ordinario el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de mayo de 2008 condenó al FONCEP a pagar en su favor la pensión legal de jubilación a partir de junio de 2004 y en adelante con los respectivos incrementos legales anuales, decisión que fue confirmada en segunda instancia, y no casada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral; que mediante Resolución 0797 del 12 de junio de 2017 el FONCEP dio cumplimiento a la orden judicial, reconociendo la pensión a partir del 29 de junio de 2004 en cuantía de \$558.155,17, cuyo pago se produjo el 01 de agosto de 2017, en valor de \$138.351.661, suma a la que descontó \$14.331.500 por concepto de salud; que el 29 de agosto de 2017 solicitó que se le reconociera y pagara la indexación de las mesadas pensionales o en su defecto que se le paguen los intereses legales; que mediante Resolución 1490 del 30 de agosto de 2017 se negó lo pretendido. (Fols. 379 a 383 archivo No 02)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 29 y 30 archivo No 01); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - FONCEP. Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que no tiene derecho a la reliquidación y correspondiente

indexación de la pensión legal de jubilación, toda vez que el tema ya fue debatido ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral y no casado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral; frente a la pretensión subsidiaria de los intereses moratorios, adujo que la prestación económica no fue reconocida bajo los postulados de la Ley 100 de 1993, por lo que resultan improcedentes. Como excepciones de mérito rotuló las de cosa juzgada, inexistencia de la obligación, prescripción de la acción, prescripción de las mesadas pensionales, prescripción de los factores salariales, improcedencia de los intereses pretendidos, y la genérica (Fols. 1 a 9 archivo No 02).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de julio de 2022, mediante la cual el Juzgado condenó al FONCEP a pagar a favor del demandante la indexación sobre el retroactivo pensional generado en su favor, correspondiente a las mesadas causadas a partir del 29 de junio de 2004 hasta el 30 de junio de 2017, desde su causación hasta el 01 de agosto de 2017, lo cual arroja una suma de \$40.923.503; declaró no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a la demandada. (fls. 1 a 3 archivo No 11, con audiencia virtual archivo No 09).

Señaló que no era objeto de discusión la calidad de pensionado que ostenta el actor, de conformidad con la Resolución No 0797 del 12 de junio de 2017, en cuantía \$558.155,17, efectiva a partir del 29 de junio de 2004, misma que se produjo en cumplimiento de la sentencia del Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, y no casada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo el problema jurídico determinar si hay lugar a reconocer la indexación del retroactivo pensional desde el 29 de junio de 2004 hasta el 31 de junio de 2017, pagada el 01 de agosto de 2017.

Indicó que no prospera la excepción de cosa juzgada, ya que al hacer la revisión de las pretensiones dentro del proceso tramitado en el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá difieren de la pretensión aquí debatida, por lo que, a pesar de entablarse el proceso con las mismas partes, en el primer proceso se pretendía el reconocimiento de la pensión de jubilación, acá se solicita la indexación de las mesadas pensionales, aunado a que allá se pretendía la indexación de la primera mesada pensional y acá se pretende la indexación del retroactivo.

Sobre la indexación adujo el actor elevó reclamación el 29 de agosto de 2017, y esta solicitud fue resuelta mediante Resolución No 1490 del 14 de agosto de 2017, de manera negativa, por lo que, estando demostrado que se pagó el retroactivo a través de Resolución No 797 de 2017, por el periodo o mesadas causadas desde el 29 de junio de 2004 hasta julio de 2017, conforme también se registra en los comprobantes del pago de nómina, y al evidenciar que no existe registro de que se haya pagado la indexación de las mesadas pensionales, hay lugar a prohiar lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, quien ha determinado que por razones de justicia y equidad y ante la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, hay lugar a la indexación, siendo que en el caso concreto el retroactivo solo fue pagado hasta el 01 de agosto de 2017. En ese ordenen, ordenó la indexación desde el 29 de junio de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2016, arrojando un valor de \$40.923.503. La a quo precisó que para efectos de la indexación se tiene en cuenta el ICP de diciembre del año inmediatamente anterior, y por ello las mesadas reconocidas en el año 2017 no sufrieron devaluación.

En punto a la excepción de prescripción, manifestó que la sentencia quedó ejecutoriada el 18 de mayo de 2016, se reconoció la pensión con el retroactivo el 01 de agosto de 2017, y el 29 de agosto de 2017 se elevó la reclamación, y la demanda se presentó el 06 de noviembre de 2019, es decir, entre una y otra fecha no transcurrió el termino trienal del artículo 151 del CPTSS.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte del **Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - FONCEP**, quien manifestó que se debe revocar en su integridad la sentencia de primer grado, con fundamento en que el problema jurídico tal como lo indicó la juez se centra en establecer y determinar si le asiste derecho al pago de la indexación sobre las sumas de dinero que fueron canceladas de manera presuntamente tardía, en cumplimiento de la sentencia del Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, para lo cual, es preciso indicar que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, fue proferida el 27 de abril de 2016, notificada por edicto el 13 de mayo de 2016, y cobró ejecutoria el 18 de mayo de 2016, y como era obligación de la parte actora en dicha oportunidad, el 11 de noviembre de 2016 solicita el cumplimiento de la sentencia judicial, motivo por el cual, mediante Resolución No 797 de 12 de julio de 2017, se reconoce la pensión de jubilación en los términos del fallo judicial. Igualmente, indicó que ese retroactivo si fue indexado tal como lo ordenó la Corte Suprema de Justicia, es decir, la entidad sí indexó todas las sumas de dinero canceladas a la parte actora, motivo por el cual no existe lugar a la condena de indexación de retroactivo pensional. Asimismo, que fue el mismo demandante quien pese a que la sentencia quedó ejecutoriada, solo presentó las copias y documentos para cumplir la sentencia después de 6 meses.

6. Alegatos de conclusión. El FONCEP presentó alegatos de conclusión solicitando la revocatoria de la sentencia de primer grado.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la UGPP se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de la citada entidad en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de la misma codificación.

2. Problemas Jurídicos. Centra la atención de la Sala en establecer: ¿Acertó la cognoscente de instancia en indexar el retroactivo pensional?

3. indexación de la primera mesada pensional. Es así que, para mejor brevedad se colaciona la sentencia SL1218 de 2021, en la que reitera lo expuesto en la SL5180-2020, providencias en las que de manera general se trasluce la prosperidad de la indexación del retroactivo pensional pretenso.

En lo atinente y que interesa a la Litis, se adoctrina:

En efecto, esta Sala en sentencia CSJ SL5180-2020 explicó que la figura jurídica de indexación de un retroactivo pensional, simple y llanamente busca remediar la depreciación económica generada por el tiempo que ha transcurrido entre el

momento en que la persona debió acceder al derecho pensional y aquel en el que accede efectivamente a su pago.

(...)

En este punto, es oportuno destacar que la indexación lo que persigue es actualizar las mesadas que, una vez se hicieron exigibles, no fueron otorgadas oportunamente por la entidad obligada a ello, y de este modo se remedia la depreciación económica que aquellas sufrieron en el tiempo transcurrido entre la data de tal incumplimiento y la fecha efectiva del pago (CSJ SL5045-2018, reiterada en CSJ SL2353-2020). Precisamente, en la primera sentencia se indicó:

(...) existen dos clases de indexación que pueden exigirse en un proceso judicial (ver sentencias CSJ SL, 12 sep. 2006, rad. 28257, reiterada en decisiones SL11762-2014 y SL7890-2015) «(...) una relativa a la actualización o ajuste del ingreso base para liquidar la pensión (IBL), también denominada indexación de la primera mesada pensional; y otra atinente a la indexación de las sumas adeudadas por mesadas o diferencias pensionales que no fueron sufragadas en su oportunidad, y que debió haberse hecho en forma periódica»; que estas dos categorías de indexación son diferentes e independientes, pues versan sobre conceptos o acreencias diversas y, por lo mismo, tienen efectos y alcances distintos, pues una, se itera, pretende actualizar monetariamente la base salarial con la que se va a liquidar el derecho pensional y otra busca actualizar el valor de unas mesadas pensionales que, aunque se causaron, no se pagaron oportunamente.

Así las cosas, descendiendo al sub examine precisa la Sala que entera razón le asiste a la a quo cuando indicó que lo aquí reclamado difiere de lo que en su momento reclamó ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso 2007-0434, pues en aquel proceso que terminó con sentencia condenatorio del 23 de mayo de 2008 (Fols. 278 a 296 archivo No 02), confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 11 de diciembre de 2009 (Fols. 298 a 311 archivo No 02), y no casada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL5882-2016 (Fols. 312 a 333 archivo No 02), se pretendió la pensión de jubilación con la indexación de la primera mesada pensional y los intereses moratorios, sin que ninguna consideración se haya realizado respecto a la indexación de las mesadas que componen el retroactivo y que aquí se pretende, por la simple razón de que no fue pretensión ni principal ni subsidiaria en el proceso 2007-0434, por lo tanto, de ninguna manera se configura la cosa juzgada en los términos del artículo 303 del CGP.

Debe señalar también la Sala que en vista de que la orden judicial que ordenaba el reconocimiento pensional quedó ejecutoriada el 14 de mayo de 2016 (Fols. 333 archivo No 02), y que una vez realizada la solicitud de cumplimiento (11 de noviembre de 2016), se expidió la Resolución No 0797 del 12 de junio de 2017 (Fols. 11 a 17 archivo No 01), mediante la cual da cumplimiento al fallo judicial, pero, realizando el pago del retroactivo por las mesadas causadas del 29 de junio de 2004 hasta el 31 de julio de 2017, solo hasta el 01 de agosto de 2017 (Fol. 263 archivo No 02), hecho por demás aceptado por la propia parte demandante, hay lugar a prohiar por la judicatura que tales mesadas no fueron indexadas al momento del pago, es decir, que la entidad demandada procedió a pagar el retroactivo sin actualizar al momento del pago (01 de agosto de 2017) el valor de cada una de las mesadas generadas desde el 29 de junio de 2004.

Ahora, como ciertamente el valor sufragado por mesadas pensionales desde el 29 de junio de 2004, sufrió los efectos de la devaluación de la moneda, es procedente la indexación pretensa, sin que se le halle razón a la recurrente en que efectivamente al dar cumplimiento al fallo judicial se indexó tales mesadas, pues si ello hubiere sido así, no reposaría en el expediente la Resolución No 1490 del 30 de agosto de 2017 (Fols. 361 a 366 archivo No 02), con la cual negó expresamente la reclamación que hizo el actor de la indexación del retroactivo sufragado el 01 de agosto de 2017.

De las providencias enunciadas inicialmente se extrae los parámetros utilizados para estos eventos:

Fórmula:

$$VA = \frac{Vh * IPC \text{ Final}}{IPC \text{ inicial}}$$

De donde:

VA = corresponde al valor de cada mesada pensional a actualizar.

IPC Final = IPC mes en que se realice el pago.

IPC Inicial = IPC mes en que se causa la respectiva mesada pensional.

Así las cosas, al descender al caso concreto, se tiene que para efecto de la indexación de las mesadas pensionales que corren desde el 29 de junio de 2004 hasta el 31 de julio de 2017, se debe tener en cuenta la fecha en que cada mesada pensional se causa hasta la fecha efectiva del pago de la obligación, en ese sentido, por ejemplo, para indexar la mesada de junio de 2004 que se causó al 30 de junio de ese mismo año, pagadera los primeros días del mes de julio (art. 35 D. 758/90), se debe tener en cuenta el IPC de junio de 2004 y hasta la fecha efectiva de su pago, el cual aconteció el 01 de agosto de 2017, debiendo tenerse en cuenta el IPC de julio de 2017 por ser el vigente para la mencionada data, pues el IPC es mensual y no diario.

En lo que respecta al IPC inicial nótese que se tiene en cuenta el del mes en que se causa la mesada pensional, ya que a pesar de haberse causado no se pagó oportunamente, y por ende, como las mesadas pensionales se causan mes vencido (art. 35 D. 758/90), pero se hacen exigibles a partir del día siguiente a su causación, lo correcto es que el IPC que debe tenerse en cuenta es el del 30 de cada mensualidad vencida, además porque a partir del día siguiente es que empieza a devaluarse su monto por la falta de pago oportuno.

La a quo procedió a realizar la indexación del retroactivo con el valor total de cada año, aplicando el IPC del mes de diciembre del año inmediatamente anterior, lo cual en línea de principio es correcto, pero lo es para actualizar las mesadas pensionales que corresponderían a cada anualidad, tal como lo prescribe el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, más no para la indexación o actualización de una mesada pensional que debió ser cancelada en un fecha específica y que solo se paga su importe con posterioridad, ya que allí está sufriendo los efectos de la devaluación desde la fecha en que debió pagarse e ingresar al patrimonio del afiliado hasta la fecha en que se hace efectivo su pago, lo que lleva a que la indexación corresponda al IPC de cada

mes en que se causa la mesada pensional hasta el IPC del mes anterior en que se efectuó su pago.

De conformidad con lo expuesto, la Sala procedió a realizar la indexación de las mesadas pensionales generadas desde el 29 de junio de 2004 hasta el 31 de julio de 2017, de conformidad con los parámetros atrás delineados, encontrando que por indexación arroja una suma total de **\$ 41.167.887**, (conforme la liquidación que se anexa a la presente sentencia y que hace parte integral de la misma), valor que es superior al que reconoció la a quo, que lo fue de **\$40.923.503**, lo que da lugar a mantener la decisión de instancia, dado que ello no fue objeto de censura por la parte activa, y además la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada.

Período		IPC	PENSION RE	# Mesadas	Mesada Indexada	Indexación diferencia
2004	Junio	55,50	\$ 37.210	1	\$ 64.478	\$ 27.268
	Julio	55,49	\$ 558.155	1	\$ 967.482	\$ 409.327
	Agosto	55,50	\$ 558.155	1	\$ 967.190	\$ 409.035
	Septiembre	55,67	\$ 558.155	1	\$ 964.334	\$ 406.179
	Octubre	55,66	\$ 558.155	1	\$ 964.429	\$ 406.274
	Noviembre	55,82	\$ 1.116.310	2	\$ 1.923.517	\$ 807.207
	Diciembre	55,98	\$ 558.155	1	\$ 958.893	\$ 400.738
2005	Enero	56,44	\$ 588.854	1	\$ 1.003.384	\$ 414.530
	Febrero	57,02	\$ 588.854	1	\$ 993.229	\$ 404.375
	Marzo	57,46	\$ 588.854	1	\$ 985.605	\$ 396.751
	Abril	57,72	\$ 588.854	1	\$ 981.300	\$ 392.446
	Mayo	57,95	\$ 588.854	1	\$ 977.313	\$ 388.459
	Junio	58,18	\$ 1.177.708	2	\$ 1.946.820	\$ 769.112
	Julio	58,21	\$ 588.854	1	\$ 972.936	\$ 384.082
	Agosto	58,21	\$ 588.854	1	\$ 972.922	\$ 384.068
	Septiembre	58,46	\$ 588.854	1	\$ 968.777	\$ 379.923
	Octubre	58,60	\$ 588.854	1	\$ 966.553	\$ 377.699
	Noviembre	58,66	\$ 1.177.708	2	\$ 1.930.899	\$ 753.191
	Diciembre	58,70	\$ 588.854	1	\$ 964.792	\$ 375.938
2006	Enero	59,02	\$ 617.413	1	\$ 1.006.135	\$ 388.722
	Febrero	59,41	\$ 617.413	1	\$ 999.561	\$ 382.148
	Marzo	59,83	\$ 617.413	1	\$ 992.590	\$ 375.177
	Abril	60,09	\$ 617.413	1	\$ 988.165	\$ 370.752
	Mayo	60,29	\$ 617.413	1	\$ 984.937	\$ 367.524
	Junio	60,47	\$ 1.234.826	2	\$ 1.963.897	\$ 729.071
	Julio	60,72	\$ 617.413	1	\$ 977.909	\$ 360.496
	Agosto	60,96	\$ 617.413	1	\$ 974.086	\$ 356.673
	Septiembre	61,14	\$ 617.413	1	\$ 971.307	\$ 353.894
	Octubre	61,05	\$ 617.413	1	\$ 972.713	\$ 355.300
	Noviembre	61,19	\$ 1.234.826	2	\$ 1.940.826	\$ 706.000
	Diciembre	61,33	\$ 617.413	1	\$ 968.227	\$ 350.814
2007	Enero	61,80	\$ 645.073	1	\$ 1.003.908	\$ 358.835
	Febrero	62,53	\$ 645.073	1	\$ 992.279	\$ 347.206
	Marzo	63,28	\$ 645.073	1	\$ 980.387	\$ 335.314
	Abril	63,85	\$ 645.073	1	\$ 971.645	\$ 326.572
	Mayo	64,05	\$ 645.073	1	\$ 968.743	\$ 323.670
	Junio	64,12	\$ 1.290.146	2	\$ 1.935.116	\$ 644.970

	Julio	64,23	\$ 645.073	1	\$ 965.964	\$ 320.891
	Agosto	64,14	\$ 645.073	1	\$ 967.256	\$ 322.183
	Septiembre	64,20	\$ 645.073	1	\$ 966.450	\$ 321.377
	Octubre	64,20	\$ 645.073	1	\$ 966.393	\$ 321.320
	Noviembre	64,51	\$ 1.290.146	2	\$ 1.923.665	\$ 633.519
	Diciembre	64,82	\$ 645.073	1	\$ 957.105	\$ 312.032
2008	Enero	65,51	\$ 681.778	1	\$ 1.001.001	\$ 319.223
	Febrero	66,50	\$ 681.778	1	\$ 986.103	\$ 304.325
	Marzo	67,03	\$ 681.778	1	\$ 978.204	\$ 296.426
	Abril	67,51	\$ 681.778	1	\$ 971.297	\$ 289.519
	Mayo	68,14	\$ 681.778	1	\$ 962.331	\$ 280.553
	Junio	68,73	\$ 1.363.556	2	\$ 1.908.209	\$ 544.653
	Julio	69,06	\$ 681.778	1	\$ 949.529	\$ 267.751
	Agosto	69,19	\$ 681.778	1	\$ 947.716	\$ 265.938
	Septiembre	69,06	\$ 681.778	1	\$ 949.527	\$ 267.749
	Octubre	69,30	\$ 681.778	1	\$ 946.251	\$ 264.473
	Noviembre	69,49	\$ 1.363.556	2	\$ 1.887.238	\$ 523.682
	Diciembre	69,80	\$ 681.778	1	\$ 939.464	\$ 257.686
2009	Enero	70,21	\$ 734.070	1	\$ 1.005.594	\$ 271.524
	Febrero	70,80	\$ 734.070	1	\$ 997.246	\$ 263.176
	Marzo	71,15	\$ 734.070	1	\$ 992.296	\$ 258.226
	Abril	71,38	\$ 734.070	1	\$ 989.119	\$ 255.049
	Mayo	71,39	\$ 734.070	1	\$ 988.980	\$ 254.910
	Junio	71,35	\$ 1.468.140	2	\$ 1.979.068	\$ 510.928
	Julio	71,32	\$ 734.070	1	\$ 989.919	\$ 255.849
	Agosto	71,35	\$ 734.070	1	\$ 989.483	\$ 255.413
	Septiembre	71,28	\$ 734.070	1	\$ 990.568	\$ 256.498
	Octubre	71,18	\$ 734.070	1	\$ 991.835	\$ 257.765
	Noviembre	71,14	\$ 1.468.140	2	\$ 1.984.973	\$ 516.833
	Diciembre	71,20	\$ 734.070	1	\$ 991.669	\$ 257.599
2010	Enero	71,68	\$ 748.751	1	\$ 1.004.612	\$ 255.861
	Febrero	72,28	\$ 748.751	1	\$ 996.358	\$ 247.607
	Marzo	72,46	\$ 748.751	1	\$ 993.859	\$ 245.108
	Abril	72,79	\$ 748.751	1	\$ 989.304	\$ 240.553
	Mayo	72,87	\$ 748.751	1	\$ 988.284	\$ 239.533
	Junio	72,95	\$ 1.497.502	2	\$ 1.974.322	\$ 476.820
	Julio	72,92	\$ 748.751	1	\$ 987.577	\$ 238.826
	Agosto	73,00	\$ 748.751	1	\$ 986.470	\$ 237.719
	Septiembre	72,90	\$ 748.751	1	\$ 987.811	\$ 239.060
	Octubre	72,84	\$ 748.751	1	\$ 988.683	\$ 239.932
	Noviembre	72,98	\$ 1.497.502	2	\$ 1.973.537	\$ 476.035
	Diciembre	73,45	\$ 748.751	1	\$ 980.410	\$ 231.659
2011	Enero	74,12	\$ 772.486	1	\$ 1.002.367	\$ 229.881
	Febrero	74,57	\$ 772.486	1	\$ 996.363	\$ 223.877
	Marzo	74,77	\$ 772.486	1	\$ 993.685	\$ 221.199
	Abril	74,86	\$ 772.486	1	\$ 992.502	\$ 220.016
	Mayo	75,07	\$ 772.486	1	\$ 989.683	\$ 217.197
	Junio	75,31	\$ 1.544.972	2	\$ 1.973.094	\$ 428.122
	Julio	75,42	\$ 772.486	1	\$ 985.178	\$ 212.692
	Agosto	75,39	\$ 772.486	1	\$ 985.483	\$ 212.997
	Septiembre	75,62	\$ 772.486	1	\$ 982.450	\$ 209.964

	Octubre	75,77	\$ 772.486	1	\$ 980.589	\$ 208.103
	Noviembre	75,87	\$ 1.544.972	2	\$ 1.958.453	\$ 413.481
	Diciembre	76,19	\$ 772.486	1	\$ 975.142	\$ 202.656
2012	Enero	76,75	\$ 801.301	1	\$ 1.004.178	\$ 202.877
	Febrero	77,22	\$ 801.301	1	\$ 998.082	\$ 196.781
	Marzo	77,31	\$ 801.301	1	\$ 996.866	\$ 195.565
	Abril	77,42	\$ 801.301	1	\$ 995.428	\$ 194.127
	Mayo	77,66	\$ 801.301	1	\$ 992.451	\$ 191.150
	Junio	77,72	\$ 1.602.602	2	\$ 1.983.259	\$ 380.657
	Julio	77,70	\$ 801.301	1	\$ 991.844	\$ 190.543
	Agosto	77,73	\$ 801.301	1	\$ 991.437	\$ 190.136
	Septiembre	77,96	\$ 801.301	1	\$ 988.607	\$ 187.306
	Octubre	78,08	\$ 801.301	1	\$ 986.994	\$ 185.693
	Noviembre	77,98	\$ 1.602.602	2	\$ 1.976.691	\$ 374.089
	Diciembre	78,05	\$ 801.301	1	\$ 987.468	\$ 186.167
2013	Enero	78,28	\$ 820.853	1	\$ 1.008.557	\$ 187.704
	Febrero	78,63	\$ 820.853	1	\$ 1.004.097	\$ 183.244
	Marzo	78,79	\$ 820.853	1	\$ 1.002.036	\$ 181.183
	Abril	78,99	\$ 820.853	1	\$ 999.508	\$ 178.655
	Mayo	79,21	\$ 820.853	1	\$ 996.730	\$ 175.877
	Junio	79,39	\$ 1.641.706	2	\$ 1.988.789	\$ 347.083
	Julio	79,43	\$ 820.853	1	\$ 993.948	\$ 173.095
	Agosto	79,50	\$ 820.853	1	\$ 993.120	\$ 172.267
	Septiembre	79,73	\$ 820.853	1	\$ 990.220	\$ 169.367
	Octubre	79,52	\$ 820.853	1	\$ 992.797	\$ 171.944
	Noviembre	79,35	\$ 1.641.706	2	\$ 1.989.896	\$ 348.190
	Diciembre	79,56	\$ 820.853	1	\$ 992.333	\$ 171.480
2014	Enero	79,95	\$ 836.777	1	\$ 1.006.688	\$ 169.911
	Febrero	80,45	\$ 836.777	1	\$ 1.000.378	\$ 163.601
	Marzo	80,77	\$ 836.777	1	\$ 996.450	\$ 159.673
	Abril	81,14	\$ 836.777	1	\$ 991.910	\$ 155.133
	Mayo	81,53	\$ 836.777	1	\$ 987.135	\$ 150.358
	Junio	81,61	\$ 1.673.554	2	\$ 1.972.432	\$ 298.878
	Julio	81,73	\$ 836.777	1	\$ 984.726	\$ 147.949
	Agosto	81,90	\$ 836.777	1	\$ 982.729	\$ 145.952
	Septiembre	82,01	\$ 836.777	1	\$ 981.396	\$ 144.619
	Octubre	82,14	\$ 836.777	1	\$ 979.781	\$ 143.004
	Noviembre	82,25	\$ 1.673.554	2	\$ 1.956.984	\$ 283.430
	Diciembre	82,47	\$ 836.777	1	\$ 975.888	\$ 139.111
2015	Enero	83,00	\$ 867.403	1	\$ 1.005.130	\$ 137.727
	Febrero	83,96	\$ 867.403	1	\$ 993.706	\$ 126.303
	Marzo	84,45	\$ 867.403	1	\$ 987.919	\$ 120.516
	Abril	84,90	\$ 867.403	1	\$ 982.641	\$ 115.238
	Mayo	85,12	\$ 867.403	1	\$ 980.063	\$ 112.660
	Junio	85,21	\$ 1.734.806	2	\$ 1.958.070	\$ 223.264
	Julio	85,37	\$ 867.403	1	\$ 977.225	\$ 109.822
	Agosto	85,78	\$ 867.403	1	\$ 972.556	\$ 105.153
	Septiembre	86,39	\$ 867.403	1	\$ 965.647	\$ 98.244
	Octubre	86,98	\$ 867.403	1	\$ 959.104	\$ 91.701
	Noviembre	87,51	\$ 1.734.806	2	\$ 1.906.711	\$ 171.905
	Diciembre	88,05	\$ 867.403	1	\$ 947.471	\$ 80.068

2016	Enero	89,19	\$ 926.126	1	\$ 998.725	\$ 72.599
	Febrero	90,33	\$ 926.126	1	\$ 986.106	\$ 59.980
	Marzo	91,18	\$ 926.126	1	\$ 976.888	\$ 50.762
	Abril	91,63	\$ 926.126	1	\$ 972.065	\$ 45.939
	Mayo	92,10	\$ 926.126	1	\$ 967.135	\$ 41.009
	Junio	92,54	\$ 1.852.252	2	\$ 1.925.036	\$ 72.784
	Julio	93,02	\$ 926.126	1	\$ 957.539	\$ 31.413
	Agosto	92,73	\$ 926.126	1	\$ 960.612	\$ 34.486
	Septiembre	92,68	\$ 926.126	1	\$ 961.120	\$ 34.994
	Octubre	92,62	\$ 926.126	1	\$ 961.696	\$ 35.570
	Noviembre	92,73	\$ 1.852.252	2	\$ 1.921.241	\$ 68.989
	Diciembre	93,11	\$ 926.126	1	\$ 956.633	\$ 30.507
2017	Enero	94,07	\$ 979.379	1	\$ 1.001.385	\$ 22.006
	Febrero	95,01	\$ 979.379	1	\$ 991.414	\$ 12.035
	Marzo	95,46	\$ 979.379	1	\$ 986.817	\$ 7.438
	Abril	95,91	\$ 979.379	1	\$ 982.164	\$ 2.785
	Mayo	96,12	\$ 979.379	1	\$ 979.956	\$ 577
	Junio	96,23	\$ 1.958.758	2	\$ 1.957.667	\$ -1.091
	Julio	96,18	\$ 979.379	1	\$ 979.379	\$ -
	TOTALES		\$ 138.351.717		\$ 179.519.604	\$ 41.167.887

Acto seguido, como quiera se propuso la excepción de prescripción y el *a quo* determinó que no operó la misma, cumple relieves que, en efecto la indexación de las mesadas causadas del 29 de junio de 2004 hasta el 30 de junio de 2017, que fueron pagadas el 01 de agosto de 2017, data desde la cual se hizo exigible el derecho, y en vista de que elevó la reclamación el 29 de agosto de 2017 (Fols. 362 archivo No 3), que fue resuelta a través de resolución No 1490 del 30 de agosto de 2017, notificada el 26 de septiembre de 2017 (Fols. 362 a 365 y 369 archivo No 03), y entre esta respuesta y la presentación de la demanda, que lo fue el 06 de noviembre de 2019 (fol. 25 archivo No 01), no corrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que no operó el fenómeno prescriptivo de la indexación pretensa, prescripción que ha de declararse no probada, tal como acertadamente lo determinó la *a quo*.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primer grado.

4. Costas. Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, pues a pesar de la apelación propuesta por la entidad convocada a juicio, la sentencia se revisó en el Grado Jurisdiccional de Consulta en su favor. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

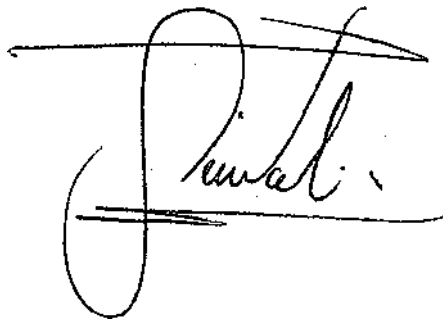
PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de julio de 2022 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones atrás vertidas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: PEDRO JULIO FARÍAS GUTIÉRREZ
Demandados: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 110013105-029-2022-00063-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Pedro Julio Farías Gutiérrez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Protección S.A. con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del RPM al RAIS, y que como consecuencia, se afilie al demandante sin solución de continuidad al RPM administrado por Colpensiones; que Protección S.A. traslade a Colpensiones el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta individual junto con todos los rendimientos, intereses y demás frutos generados, así como los gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones; lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que cotizó al ISS, hoy Colpensiones desde diciembre de 1977, hasta el 01 julio de 1995; que el 30 de junio de 1995 se trasladó a Protección S.A. sin que se le brindará la respectiva información, la cual debía ser clara, competente y fehaciente; que mediante derecho de petición radicado el 22 de julio del 2021 solicitó a la AFP Protección S.A. toda la documentación relativa al traslado y las constancias de los cálculos efectuados, así como el documento contentivo del derecho de retracto para poder regresar al RPM; que el 12 de agosto de 2021 radicó en Colpensiones solicitud de nulidad del traslado de régimen, sin embargo el 19 de agosto del 2021, le fue desatada de manera desfavorable. (Fols. 1 a 12 archivo No 01).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico-PDF- 05); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias argumentando que el demandante no cuenta con los elementos necesarios exigidos por la ley para que esta declare la ineficacia de traslado de régimen pensional; que el traslado cumple con los presupuestos legales para su existencia toda vez que el demandante ejerció su libre derecho de escogencia de régimen pensional, aunado a esto, se encuentra en la prohibición contemplada en la ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito rotuló las que denominó como prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (Fos. 1 a 16 archivo No 06).

3.2. AFP Protección S.A. La AFP en su contestación se opuso a las pretensiones toda vez que el acto fue existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Como prueba de ello obra el formulario suscrito por el demandante el cual se realizó de forma libre, espontánea y a su vez libre de engaños y presión; que el demandante tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen. Como excepciones propuso las que denomino como 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 las cuotas de administración por falta de causa y la innominada o genérica. (Fols. 1 a 25 archivo No 08)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de octubre de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional del demandante a Protección S.A. y en consecuencia se declara que el afiliado nunca se trasladó al RAIS; ordenó a Protección S.A. devolver los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a garantía de pensión mínima; ordenó a Colpensiones a recibir los valores por parte de la AFP. Finalmente, se abstuvo de condenar en costas.

La a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la SL 5686 de 2021 en concordancia con la ley 100 de 1993, así, lo que debe analizarse es si la AFP cumplió y probó en juicio el deber de brindar la correspondiente información al futuro afiliado al momento de la inscripción del formulario de cambio de régimen pensional.

En este sentido, el a quo consideró que no se podría hablar de una manifestación libre, voluntaria y espontánea cuando la persona desconoce las consecuencias que puede llegar a tener frente a sus derechos prestacionales al momento de realizar un cambio de régimen pensional. También argumentó que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente como requisito del deber de información en cabeza de la AFP.

En conclusión, la a quo consideró que Protección S.A. no logró demostrar que se hubiese cumplido con el deber de información porque únicamente se demuestra que el demandante firmó el formulario, además que la parte actora no confesó dentro del interrogatorio tener el conocimiento suficiente para realizar una elección libre de vicios del consentimiento, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar la ineficacia del traslado de régimen, con la evolución por parte de la AFP Protección S.A. de los aportes, rendimientos y la cuota destinada para la pensión mínima. Manifestó que no se ordena devolver los gastos de administración ni los seguros previsionales. Finalmente, no condenó en costas.

5. Impugnación y límites del ad quem. En oportunidad procesal pertinente **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación solicitando que se debe adicionar los valores correspondientes a los seguros previsionales y los gastos de administración por parte de Protección S.A.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal ninguna de las partes presentó alegatos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el

principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor PEDRO JULIO FARÍAS GUTIÉRREZ se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES desde el 23 de diciembre de 1977 con cotizaciones hasta el 30 de junio de 1995 (Fol. 17 archivo No 06 y Fol. 38 archivo No 08); que el 30 de junio de 1995 se trasladó a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., con efectividad a partir del 01 de julio de 1995 (Fol. 26 archivo No 08), entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una

decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Protección S.A., esto es, 30 de junio de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera*

más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere.”
(SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta

de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por

Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Protección S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma no congloba de manera expresa el concepto de gastos de administración y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, así como la indexación y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas

por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. Sin costas en esta instancia, dado que prosperó el recurso de alzada propuesto por COLPENSIONES en lo relativo a la devolución íntegra de los aportes. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

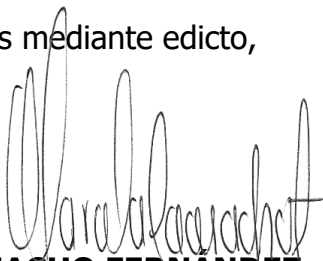
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 25 de octubre del 2022, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PROTECCIÓN S.A. para que trasladen si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, también traslade de manera íntegra a COLPENSIONES, los **gastos de administración y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, debidamente indexados**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

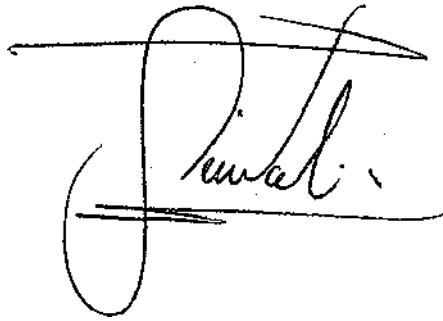
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ANA MILENA PALLARES GIL
Demandado: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR – COMPENSAR
Radicación: 110013105-005-2019-00736-01 y 02.
Tema: EXCEPCIÓN PREVIA – REINTEGRO

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO y SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ANA MILENA PALLARES GIL instauró demanda ordinaria contra la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR - COMPENSAR, con el propósito de que se declare la nulidad de la conciliación efectuada el 22 de enero de 2019; que se declare que la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa carece de todo efecto, en consecuencia, se ordene el reintegro y/ reinstalación al mismo cargo y funciones o uno de mayor categoría, así como el pago de salarios y prestaciones legales dejados de cancelar desde el despido hasta que se haga efectivo el reintegro; que se ordene el pago de los aportes a la seguridad social en salud y pensiones, así como los aportes a la Caja de Compensación Familiar; la indemnización moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como sustento factico de las pretensiones indicó que ingresó a trabajar a la Caja de Compensación Familiar – COMPENSAR el 3 de marzo de 2008, mediante un contrato a término indefinido; que mediante escrito del 05 de diciembre de 2018, enviado por correo electrónico el 6 de diciembre de 2008 al Comité de Convivencia Laboral, presentó queja de acoso laboral; que el 22 de enero de 2019 el Comité de Convivencia Laboral llevó a efecto diligencia de conciliación en la cual levantó acta, pero a pesar de solicitarla por escrito a su jefe inmediato no le fue entregada; que la conciliación está viciada de nulidad; que laboró de forma continua, personal, subordinada y remunerada al servicio de la demandada, siendo su último cargo el de asesor integral, con un salario de \$3.918.800; que el 29 de enero de 2019 COMPENSAR dio por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa, es decir, a tan solo dos días después de la conciliación por el acoso laboral; que la terminación del contrato de trabajo se dio cuarenta y nueve días después de la presentación del escrito de la queja de acoso laboral; que la terminación del contrato de trabajo carece de todo efecto de conformidad con el numeral primero del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006; que la demandada efectuó la liquidación definitiva de prestaciones e incluyó la indemnización de que trata el artículo 64 del CST. (Fols. 1 a 16 archivo No 01)

2. Contestación COMPENSAR.: En lo que interesa a la causa, aceptó la existencia del contrato de trabajo, pero se opuso a las demás pretensiones bajo el argumento de que es totalmente errado pensar en solicitar la nulidad de una actuación que contó con

todas las garantías legales y constitucionales, y sobre las cuales no cabe duda alguna de su legitimidad y legalidad; que desde el conocimiento de la queja de acoso laboral presentada por la demandante, el Comité de Convivencia Laboral atendió y siguió el procedimiento establecido en la Ley 1010 de 2006, procediendo a cerrar el caso sin encontrar acreditada conducta alguna constitutiva de acoso laboral; que la demandante no allega prueba alguna que acredite haber sido víctima de conductas constitutivas de acoso laboral; que la terminación del contrato se efectuó haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 64 del CST con el pago de la indemnización, son que haya fundamento jurídico y factico en querer dejar tal terminación sin efecto. Como excepciones previas rotuló la de caducidad y prescripción, y haberse dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde, y como excepciones de fondo las de caducidad de la acción, inexistencia de la obligación y ausencia de causa, inexistencia de acoso laboral, incumplimiento de la carga probatoria de acreditar las conductas constitutivas de acoso laboral, prescripción, buena fe, pago, y compensación. (Fol. 1 a 23 archivo No 07).

3. Decisión de primera instancia auto. Mediante auto del 13 de julio de 2022 se declaró no probada la excepción previa denominada caducidad y prescripción propuesta por COMPENSAR, con fundamento en que tal excepción es extraña en el derecho laboral privado; sin embargo, la ley 1010 de 2006 al consagrar el procedimiento sancionatorio incluyó el concepto de caducidad, estableciendo para las acciones de acoso laboral un término de seis meses, ampliado a tres años con la Ley 2209 de 2022, pero ello no interesa porque en el sub examine no se está frente a un proceso sancionatorio de acoso laboral, sino que se pretende es el reintegro en un proceso ordinario y al encaminarlo como tal no opera la caducidad sino que debe sujetarse a la prescripción que cobija a la acción ordinaria; que conforme el artículo 151 del CPTSS y artículo 488 del CST son tres años para que opere la prescripción a partir de que el derecho se hace exigible, y como quiera que la demandante considera que el despido es ineficaz, quiere ello decir que la fecha para comenzar a contar la prescripción comienza desde que finaliza el vínculo laboral, con lo cual, en el sub lite no pasaron más de tres años desde la finalización de la relación laboral a la fecha de interposición de la demanda. En consecuencia, declaró no procedente la excepción previa de prescripción y caducidad propuesta.

3.1 Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión se propuso recurso de apelación por parte de COMPENSAR, con fundamento en que la parte demandante pretende que sean aplicadas las consecuencias de la ley 1010 de 2010 de acoso laboral, aun cuando de manera expresa señaló en la demanda que no fuera estudiado como un proceso especial, lo cierto es que, no es esa manifestación de la parte demandante la que mantiene las pretensiones de la demanda, esto es, que en últimas peticiona las consecuencias de la Ley 1010 de 2006; que ya habían pasado más de los 6 meses de que trata la Ley 1010 de 2006 para interponer acciones de acoso laboral.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de julio del 2022, en la que el fallador absolvió a la entidad demandada de las suplicas de la actora, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación, gravándolo en costas a la demandante.

Para arribar a tal decisiva, empezó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar si procede o no el reintegro de la parte actora.

Determinó que la demandante no se encuentra en ninguno de los supuestos legales para pregonar el reintegro, además que el reintegro como consecuencia de conductas de acoso laboral es el resultado de un procedimiento sancionatorio por acoso laboral, no por una demanda ordinaria.

Adujo que está demostrado que a las partes las unía un vínculo laboral a término indefinido desde el 13 de marzo de 2008 hasta el 24 de enero de 2019, fecha en la que el empleador decidió terminar el contrato sin aducir justa causa, es decir, un despido injusto con la respectiva indemnización.

Se sustenta por la activa que en el acta del comité de convivencia se mencionó que era un acta de conciliación; sin embargo, a pesar de haber utilizado el término conciliación, no significa que aquello haya sido una conciliación, ya que solo se trata de un acta del comité de conciliación, donde se llegaron a unos compromisos por las partes, y fue el resultado de una queja, el cual motivó la realización de la reunión y efectivamente ejercieron algunas funciones como comité de convivencia, entre estas, promover espacios de dialogo, y hacer algunos compromisos, pero no puede sostenerse que ello constituya un acta de conciliación que dé lugar a estudiar su nulidad como lo pretende la parte activa.

Que en el proceso ordinario los hechos de acoso laboral y como se citó el comité de convivencia es irrelevante, máxime si al subsanar la demanda el apoderado manifestó que la demanda no estaba encaminada a un proceso de acoso laboral sino una demanda ordinaria de reintegro; que el reintegro opera cuando se esté frente a algún fuero de estabilidad, de los cuales en ninguno se puede enmarcar el caso de la demandante.

Concluyó que en el marco del proceso de acoso laboral si existe la posibilidad de una ineficacia del despido, conforme el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, es decir, sí se quería buscar ese reintegro tenía que haber sido por la vía del proceso sancionatorio de acoso laboral. Manifestó que ningún testigo dio fe de alguna situación que afectara la dignidad de la trabajadora, no hubo ni la mínima intención probatoria de la parte actora en orden a comprobar y sacar adelante sus pretensiones. (Fol. 1 a 6 archivo No 14 con audiencia virtual archivo No 13)

4.1 Impugnación y límites del ad quem. Como la parte demandante no presentó recurso contra la decisión de instancia, al ser está totalmente desfavorable se remitió el proceso al Tribunal para revisar la decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

5. Alegatos. En la oportunidad procesal COMPENSAR manifiesta que reitera la solicitud de desistimiento del auto que resolvió la excepción previa, y a la vez peticiona que se confirme la absolución de la sentencia de primer grado.

6. CONSIDERACIONES

1. Recurso de apelación auto y Grado Jurisdiccional de Consulta. Frente al auto debe decirse que esta Sala de Decisión es competente para resolver el asunto planteado, pues en los términos del numeral 3° del artículo 65 del C.S.T. y de la S.S., es procedente el recurso de apelación frente al auto que resuelva sobre excepciones previas. En cuanto a la sentencia, teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue totalmente desfavorable a la parte actora, se estudiará en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS.

2. Problemas jurídicos: Corresponde a la Sala dilucidar (i) ¿Se equivocó el Juez de primer grado al tener por no demostrada la excepción previa de caducidad y prescripción? Y (ii) ¿Hay lugar al reintegro en el trabajo cuando la terminación del contrato se produce sin justa causa?

3. Relación laboral. Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute la existencia de la relación laboral entre la actora y COMPENSAR, por el lapso comprendido entre el 03 de marzo de 2008 al 24 de enero de 2019, pues de ello da cuenta la documental de folios 20 a 27 archivo No 01, contentivo del contrato de trabajo, certificación laboral, carta de terminación del contrato y liquidación final de prestaciones, e igualmente, la entidad acepta la existencia de la relación laboral en la contestación de la demanda; así mismo, no es objeto de discusión que mediante documento del 24 de enero de 2019 COMPENSAR le comunica a la demandante que *"ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo sin justa causa al finalizar su jornada laboral del día 24 de enero de 2019"* (Fols. 24 archivo No 01).

4. Excepción previa de prescripción y caducidad. Sería del caso entrar a realizar las consideraciones al respecto, de no ser porque en escrito presentado por la apoderada Laura María Valderrama Medrano, manifiesta que *"presento desistimiento al recurso de apelación radicado dentro del proceso, contra el auto que decidió sobre las excepciones previas en la audiencia realizada el 13 de julio de 2022"*.

Para resolver el pedimento formulado, importa resaltar que, el artículo 316 del C. G. P., aplicable al proceso laboral por interpretación analógica según el artículo 145 del C.P.T y S.S, dispone que las partes podrán desistir de los recursos interpuestos, de los incidentes, de las excepciones y, en general, de los demás actos procesales que hubieren promovido.

El auto respecto del cual la apoderada judicial de la parte actora elevó solicitud de desistimiento corresponde al recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó la excepción previa de prescripción y caducidad, siendo oportuno precisar, que a la profesional del derecho le fue conferida la facultad expresa de desistir según poder allegado al legajo (Archivo No 011).

Por lo tanto, la Sala estima que el desistimiento del recurso de apelación reúne los requisitos previstos en el artículo 316 del C. G. P., razón por la cual se dispondrá su aceptación, y así quedará consignado en la parte resolutive de la presente decisión.

5. Terminación del contrato de trabajo sin justa causa. Así las cosas, la controversia radica en establecer si el a quo se equivocó al considerar que COMPENSAR ejerció la potestad legal que establece el artículo 64 del CST, al finalizar el contrato de trabajo sin justa causa con reconocimiento de la indemnización, o por el contrario, debía sopesar la situación pregonada por la parte actora según el cual la terminación se dio a menos de seis meses de haber radicado queja de acoso laboral, y que en esa medida no se podía terminar su contrato de trabajo.

Sobre el punto, el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone que en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa se deberá reconocer la indemnización, misma que comprende el lucro cesante y el daño emergente. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha venido sosteniendo que en la terminación del contrato de trabajo sin justa causa también puede resarcirse el daño moral, siempre y cuando *"se pruebe que este se configuró ante*

una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo, o que le originó un grave detrimento no patrimonial" (SL14618-2014)

En este punto, viene a propósito traer a colación lo pregonado en la sentencia SL3424-2018, en la cual se estudia un problema jurídico similar al aquí puesto en consideración, esto es, en solicitar el reintegro de un trabajador que fue despedido sin justa causa, donde se discutía por la parte actora la vulneración de derechos de rango constitucional, incluso hizo hincapié en la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo Adicional de San Salvador, incorporado en el ordenamiento jurídico Colombiano mediante ley 319 de 1993.

En ese momento, la Corte determinó que no tiene asidero la afirmación según la cual en el Protocolo Adicional de San Salvador existe un imperativo de reintegro en el trabajo cuando la finalización del contrato se produce sin justa causa, igualmente que lo dispuesto en la regulación interna (Artículo 64 del CST) no desconoce ni contradice la regulación internacional, en la medida en que *"ambos postulados jurídicos consagran la potestad de terminar el contrato de trabajo sin motivación alguna, junto con el pago de una indemnización a cargo del empleador"*, y que *"tampoco dicha disposición trasgrede los principios materiales de la Constitución Política de 1991, ni los de progresividad y favorabilidad en materia laboral"*.

Establece también la Corte que la Constitución Política reconoce el derecho a la libertad de empresa, en la que también está implícita la dirección de las relaciones de trabajo, esto es, la potestad que tiene el empleador de finalizar las relaciones laborales; no obstante, tal poder empresarial menciona la Corte no es absoluto, pues se encuentra limitado por *"los derechos constitucionales, las condiciones dignas y justas que debe orientar toda relación laboral y por los principios de buena fe, solidaridad, dignidad, igualdad y función social de la empresa"*.

Igualmente, en tal providencia se adoctrina que los puestos de trabajo no son de los trabajadores, ya que ello le restaría eficacia a la potestad del empleador estatuida en el artículo 64 del CST, al igual que la garantía de la estabilidad en el empleo tampoco es absoluta ni *"implica la prerrogativa indefinida de permanecer en un empleo (CC C-1341-2000), en la medida que ello atentaría contra el principio de autonomía de la voluntad de una de las partes o de ambas, para poner fin al vínculo contractual"*.

En síntesis, dice la Corte que el empleador tiene la facultad de dar por terminado un contrato de trabajo sin justa causa, dentro de los límites que ese actuar discrecional encuentra en el ordenamiento jurídico.

Ahora, para lo que interesa en los resultados del proceso, la Corte menciona que, para verificar esa potestad discrecional del empleador, se debe diferenciar entre el despido ilegal o arbitrario y el despido sin justa causa, consistiendo el primero en la vulneración a la legalidad del despido o en su forma de realizarlo, y el segundo se define como la potestad que tiene el empleador conforme a la regulación laboral.

En ese orden, para echar al traste la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, se requiere según la Corte acreditar que el finiquito contractual fue *"ilegal o arbitrario"*, o que gozara de estabilidad laboral reforzada, circunscribiéndose el concepto arbitrario en circunstancias como que *"su despido fue violento, discriminatorio o a raíz de una situación de acoso laboral"*, entre otras.

Así las cosas, descendiendo al sub examine, nótese que el contrato de trabajo que ligó a las partes en contienda terminó el 24 de enero de 2019 de manera unilateral por

COMPENSAR (Fols. 24 archivo No 01), con el reconocimiento de una indemnización por valor de \$29.820.883 (Fol. 26 archivo No 01), lo que connota que se efectuó ceñido a lo establecido en el artículo 64 del CST, esto es, en ejercicio de la potestad que la ley le otorga al empleador, y en ese orden, de ninguna manera podría configurarse un despido ilegal.

Ahora, en lo que refiere a la arbitrariedad, que es donde puede estudiarse el “acoso laboral” a que alude el apoderado judicial de la actora, acota la Sala que tampoco se configura, por las siguientes razones.

6. Ineficacia del despido numeral 1° del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006.

En lo relacionado con esta temática, oportuno resulta traer a colación lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien en sentencia SL058-2021, en la que rememoró la SL17063-2017, y de manera precisa indica al respecto lo siguiente:

"Ahora bien, al descender al asunto a juzgar y comenzando por lo planteado en el segundo cargo, en el que se endilgó errores jurídicos, observa la Sala, que el Tribunal al interpretar el texto del citado numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, coligió que «consagra una protección especial a favor de la víctima por acoso laboral, para que en caso de que sea despedida o destituida en represalia por las quejas o denuncias que para el efecto presente, dicho despido se tenga por ineficaz», adicionalmente y de cara al condicionamiento contenido en la parte final de dicho numeral 1, infirió que para que opere esa protección la autoridad administrativa o judicial deben verificar la efectiva ocurrencia de los hechos denunciados.

La censura hizo consistir el desvío interpretativo del fallador de alzada, en que tal preceptiva no exige la calificación de acoso laboral por parte de la autoridad competente administrativa o judicial, para que pueda operar la protección legal allí prevista, porque el fin de esta normativa no es otro que evitar que se tomen represalias contra los trabajadores que interponen las quejas o denuncias de acoso, con independencia de que la actuación culmine con una sanción o no. Además, sostuvo que al impartirse la aprobación a la conciliación que los implicados acuerden, el Inspector de Trabajo debe entrar a verificar los hechos de acoso, como en este caso aconteció.

Visto lo anterior, la razón está de parte del Tribunal y no de la recurrente, habida cuenta que el entendimiento dado en la segunda instancia a la disposición legal cuestionada no va en contravía de la verdadera inteligencia de esa disposición legal, y por el contrario, se aviene a su alcance como a su genuino y cabal sentido.

En efecto, como lo puso de presente la alzada, el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, regula la protección especial de la víctima de acoso laboral, para que no pueda ser desvinculada, ello como una garantía frente a ciertas actitudes retaliatorias, con lo cual se busca evitar actos de represalia. Conforme a ese mandato legal, se establece una presunción legal a favor de la persona que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios que alude dicha normativa, en cuanto a que el despido que se lleve a cabo dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, debe entenderse que tuvo lugar por motivo del acoso, correspondiéndole al empleador demostrar que la terminación del contrato de trabajo no fue producto de la denuncia instaurada por el trabajador, para que no proceda su ineficacia.

Sin embargo, esas conductas objeto de la denuncia o queja instaurada por la supuesta víctima, deben necesariamente enmarcarse dentro de aquellas que constituyen acoso en los términos del artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, y además como lo dispone la parte final del numeral 1 del artículo 11 ibídem, la autoridad administrativa, judicial o de control competente, ha de verificar «la ocurrencia de los hechos puestos en

conocimiento», requisitos indispensables para poder dar aplicación a las prerrogativas por retaliación, entre ellas dejar sin efecto la ruptura del nexo contractual laboral."

Conforme al anterior criterio jurisprudencial, la Sala concluye que en ningún error jurídico incurrió el a quo al haber considerado que para que se configure la protección a que alude el citado numeral 1º del artículo 11 de la ley 1010 de 2006 es necesario que la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos constitutivos de tal conducta, lo que puede verificarse a través del proceso especial de acoso laboral, siendo que en el caso de autos desde la interposición de la demanda se dejó claro por parte del apoderado judicial que *"si bien los hechos de la demanda se subsumen en conductas de un caso de acoso laboral, este extremo no pretende que se impongan sanciones contempladas en el artículo 10 de la ley 1010 de 2006, pues de haber sido así, desde un comienzo se hubieran planteado las pretensiones en tal sentido e invocado los artículos 12 sobre competencia y 13 sobre procedimiento sancionatorio de la precitada ley. (...) pido con todo respeto se administre justicia bajo el procedimiento señalado para el proceso ordinario de primera instancia..."*.

En ese orden, para efecto de lograr la ineficacia de la terminación del contrato "v) es imperativo que la autoridad administrativa o judicial encuentre verificada la ocurrencia de la conducta de acoso (CSJ SL4313-2021)", lo que no se logra extraer en el presente proceso, ello debido a que solo se presentó la queja de acoso laboral por la activa, pero no existe la verificación de la ocurrencia de la conducta de acoso laboral por parte de autoridad administrativa o judicial, pues ni se colocó en conocimiento de las presuntas conductas de acoso laboral ante el Ministerio del Trabajo, ni tampoco se inició en los términos legales el proceso especial de acoso laboral, razón por la cual, su pretensión de declarar ineficaz la terminación del contrato va al fracaso.

Ahora, en gracia de discusión, sí la Sala entrara a verificar la existencia o no de conductas de acoso laboral, baste con señalar que, si bien la terminación del contrato de trabajo aconteció el 24 de enero de 2019 y la queja de acoso laboral se presentó el 06 de diciembre de 2018, es decir, que el finiquito ocurrió a menos de seis meses de radicada la queja, ello no genera de ipso facto la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo de que trata el numeral 1º del artículo 11 de la ley 1010 de 2006, pues como lo dice la Corte, es un imperativo la verificación de la ocurrencia de conductas de acoso laboral, lo que tampoco puede desprenderse del material probatorio acopiado al proceso, ya que en el acta de reunión del 22 de enero de 2019, realizada por parte del Comité de Convivencia Laboral, se expresa lo siguiente: *"se plantea que no se evidencian elementos que configuren una potencial de acoso laboral", "a. Adriana Rincón. Deja claridad que no hay nada personal, sin situaciones de manejo de clientes y en ese orden de ideas se han generado observaciones. (...) b. Ana Milena Pallares. En algún momento pensó que era personal y por eso se acudió a este comité"* (Fol. 64 archivo No 07).

Ahora, si se tiene en cuenta la queja presentada (Fols. 29 a 34 archivo No 01), procede la Sala a verificar si la actora cumplió con la carga probatoria que le corresponde, esto es, demostrar que COMPENSAR, a través de Adriana Rincón quien ejercía como jefe inmediato de la actora incurrió en alguna de las conductas alegadas en la demanda, descritas en el artículo 7º de la ley 1010 de 2006, requisito imprescindible para que opere la presunción de acoso laboral alegado. No obstante, una vez realizada la evaluación del acervo probatorio recaudado, ab initio, concluye la Sala que la accionante no cumplió con el postulado y principio de derecho procesal denominado *onus probandi*, puesto que ninguna de las pruebas recaudadas, acreditan hechos que constituyan trato hostil en contra de la trabajadora, del cual se derive el alegado acoso laboral, ya que solo se relatan algunas circunstancias en las que la actora no estaba de acuerdo en la manera en cómo se desarrollaba el trabajo, o que de parte de su jefe

*"no hubo reconocimiento, no hubo exaltación de mi labor ni de mi gestión frente al manejo que tuve de la reunión ni conmigo en privado ni en público en el chat del equipo", aspecto que lejos están de configurar alguna conducta de acoso laboral en los términos del artículo 2° de la citada normativa, esto es "(...) se entenderá por acoso laboral **toda conducta persistente y demostrable**, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo".*

Ello es así, porque como se dijo anteriormente y de manera amplia, ninguna prueba trajo la parte accionante que haya logrado configurar alguna conducta de acoso laboral, y que dé lugar a establecer que el despido fue arbitrario para con ello determinar la ineficacia de la terminación del vínculo laboral. Lo anterior se dice en la medida en que no obra ninguna testifical de la parte actora.

Bajo ese horizonte, sin que haya más decir, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primer grado.

7. Costas. Sin costas en esta instancia, dado que la sentencia se revisó en el grado jurisdiccional de consulta. Frente al desistimiento, tampoco se imponen costas.

DECISIÓN

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

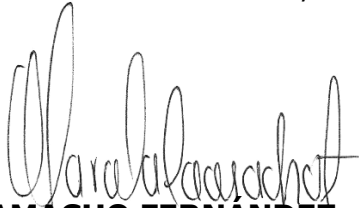
RESUELVE

PRIMERO: ACEPTAR el desistimiento que formuló la parte pasiva respecto del recurso de apelación interpuesto contra el auto que resolvió la excepción previa de "caducidad y prescripción", conforme lo atrás motivado.

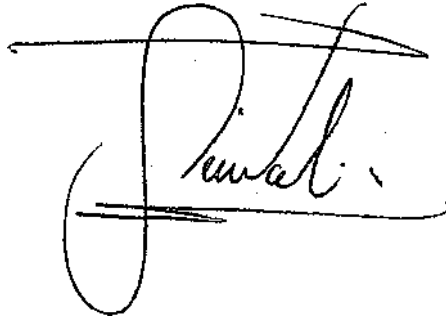
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de julio del 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones vertidas en esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Elcy Jimena', with a large, stylized loop on the left side.

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

(En uso de permiso)
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: FEDERICO LOAIZA PÉREZ
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación: 21-2021-00162-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda Federico Loaiza Pérez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir, con el propósito de que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación y del traslado realizado al RAIS, y de manera subsidiaria la inexistencia del acto jurídico del traslado y, en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. a realizar el traslado de los aportes a Colpensiones tales como bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muerte y devolución de gastos de administración y rendimientos financieros, la reactivación en Colpensiones sin solución de continuidad, lo extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 23 de septiembre de 1961; que inicio cotizaciones al ISS hoy Colpensiones a partir del 05 de marzo de 1984 con un total de 540,71 semanas; que se trasladó a Porvenir S.A.; que Porvenir S.A. no cumplió con el deber de información, es decir, no le informó las desventajas y ventajas del cambio de régimen pensional, así como los requisitos para obtener la pensión en uno y otro régimen; que el 09 de noviembre de 2020 radicó derecho de petición ante Porvenir S.A. y Colpensiones, pidiendo la anulación del traslado de régimen, siendo respondida de manera negativa por ambas entidades. (expediente electrónico PDF, 01 DemandaAnexos.pdf)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico. PDF 05NotificacionAgenciaNacionalI); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones S.A.: Dio respuesta oponiéndose a la totalidad de las pretensiones aduciendo que al momento de hacer la afiliación se le brindó la información mediante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones

de su decisión de trasladarse de administradora; que no se cumple lo establecido en el artículo 899 y 1741 del Código Civil; que no se incurrió en algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo); que el formulario que suscribió el demandante cumple con los requisitos legales para la época; que el demandante está dentro de la prohibición de la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de mérito las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la denominada genérica. (Expediente digital PDF 07ContestacionDemandaColpensiones.pdf pág. 1 a 43)

3.2. AFP Porvenir S.A. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente al actor se le hubiese hecho incurrir en algún vicio del consentimiento, por lo que la afiliación es válida; que conforme la sentencia SC-3201-2018 no es viable devolver los rendimientos, ya que se desborda los efectos de la ineficacia, además estos son privativos del Régimen de Ahorro Individual; que la devolución de aportes con los demás emolumentos va en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio. Como excepciones de fondo propuso las que denominó prescripción, prescripción de la acción por nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital PDF 09ContestacionDemandaPorvenir.pdf pág. 1 a 31)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 05 de octubre de 2022, en la que la falladora de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el actor al RAIS y, en consecuencia, ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados, los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, gastos de administración, comisiones, lo pagado al seguro previsional, debidamente indexados; condenó a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el RPM actualizando su historia laboral, y gravó en costas solo a Porvenir S.A.

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, según el cual la afiliación debe ser libre y voluntaria, además, en la sentencia SL1373 de 2021, en la que se dijo que la información no puede ser cualquiera, sino debe ser relevante, oportuna y clara, no bastando con señalar ciertos caracteres de uno u otro régimen pensional, sino, que hay que explicarle al potencial afiliado cómo se obtienen, cómo se llega, de qué depende y bajo este entendido el fondo de pensiones debe mencionar lo bueno y lo malo con el fin de brindar información completamente transparente para que se pueda trasladar de uno a otro régimen previsional.

Señaló que el formulario no es suficiente para acreditar al deber de información con nivel de claridad, además, significó que la carga de probar está en el fondo de pensiones porque está en la obligación de hacerlo dado a que es un experto y profesional en la materia. Así las cosas, dijo que el fondo de pensiones no demostró haber brindado a la demandante información suficiente respecto del régimen al que se estaba trasladando, pues tan sólo conoció alguna de sus características, sin que haya sido clara y transparente. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación argumentando que en este caso la más afectada es Colpensiones ya que no se tiene en

cuenta la sostenibilidad del sistema pensional; que para la época del traslado se cumplió con lo estipulado en el Decreto 633 de 1993; que solo fue hasta el año 2014 que se amplió el deber de información; que para la fecha de la afiliación solo era necesario el formulario de afiliación, mismo que deja constancia de que el traslado se dio de manera libre y voluntaria; que en caso de confirmar la sentencia se solicita que se devuelva la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual, tales como las cuotas al fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales, seguros provisionales y gastos de administración; que no se condene en costas a Colpensiones por ser un tercero de buena fe.

5.2. AFP Porvenir S.A.: interpone recurso de apelación solicitando la revocatoria de la decisión proferida por el a quo con sustento en que, si bien es cierto que existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia, esta no es aplicable a todos los casos ya que debe haber similitud en los supuestos facticos, lo cual no se presenta en el presente caso, pues el demandante se afilió de manera libre y voluntaria conforme a lo estipulado normativamente en ese entonces; que frente al deber de información se desconoce el principio de retroactividad de la ley y se afecta la seguridad jurídica; que no existen razones de hecho o de derecho para generar la ineficacia ya que el demandante no fue coaccionado; que no es procedente la devolución de los rendimientos financieros, ya que va en contravía de los efectos de la ineficacia, además entra en contradicción en el artículo 897 del Código Comercio, ello en la medida en que Colpensiones recibiría más de los rendimientos que tal entidad hubiera generado, creando además un enriquecimiento sin justa causa. Finalmente pide que se revoque las costas.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que el actor se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo del demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema; que en el evento de declarar la ineficacia del traslado se ordene la devolución de todos los conceptos a cargo de la AFP del RAIS, debidamente indexado.

6.2 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales de nulidad; que al demandante se le garantizó el derecho al retracto; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, no es procedente la devolución de gastos de administración y demás emolumentos; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que los gastos de administración tienen una destinación específica por mandato legal; que los conceptos de la aseguradora fueron trasladado a una compañía aseguradora, es decir, están en poder de terceros.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Porvenir S.A., se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos, debidamente indexados?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Federico Loaiza Pérez, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 5 de marzo de 1984 con cotizaciones hasta el 31 de enero de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (Expediente electrónico PDF 07 ContestacionColpensiones07 pág. 45); que se trasladó a Porvenir S.A. el 30 de diciembre de 1998 como consta el formulario de afiliación, con efectividad a partir del 01 de febrero de 1999 (expediente electrónico PDF 09ConestacionDemandaPorvenir pág. 34 y 55), entidad donde se encuentra actualmente.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a Porvenir S.A., esto es, 30 de diciembre de 1998, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para

gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que el actor estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas, debidamente indexado, incluido el tiempo de permanencia del actor en cada una de las AFP (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos

que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, como la sentencia de primer grado congloba de manera expresa la devolución de los anteriores conceptos con la indexación, hay lugar a confirmar la decisión en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera se confirman, pues su

imposición deviene de lo pregonado en el artículo 365 del CGP, además las entidades demandadas ejercieron férrea oposición a las pretensiones del libelo incoatorio.

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

RESUELVE

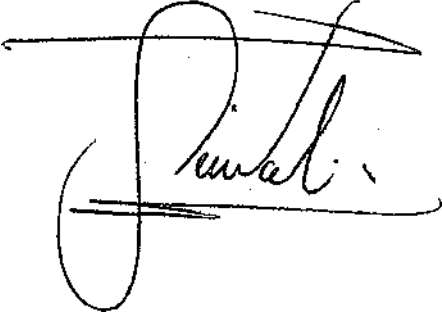
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 05 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



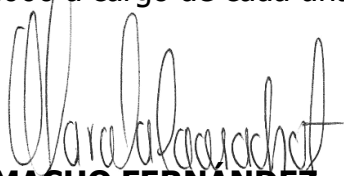
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

(En uso de permiso)
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del actor y a cargo de cada una de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARÍA ELENA RAMÍREZ ORTÍZ
Demandada: COLPENSIONES
Radicado No.: 07-2019-00152-01
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- APELACIÓN DE SENTENCIA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Elena Ramírez Ortiz instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que sea condenada a pagar a su favor la pensión de sobrevivientes con sus respectivas mesadas adicionales y reajustes de ley, a partir del 13 de agosto de 2016, fecha en la que se produjo el fallecimiento de Pablo Emilio Bernal Cárdenas. Así mismo, pidió el pago de intereses moratorios, la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que al señor Pablo Emilio Bernal Cárdenas le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución No 46899 del 29 de septiembre de 2008, en cuantía de \$689.455, quien falleció el 13 de agosto de 2016. Refirió que iniciaron su vida marital, en forma estable y permanente bajo un mismo techo desde el 07 de julio de 1988 y hasta la fecha de su deceso, razón por la cual y siendo beneficiaria de la pensión de sobrevivientes solicitó el reconocimiento pensional ante COLPENSIONES el 28 de febrero de 2017; sin embargo, mediante Resolución SUB44603 del 25 de abril de 2017, negó la pensión de sobrevivientes con el argumento de que ya había sido reconocida a la señora Fabiola Jaramillo de Bernal; que mediante escritura pública No 5326 del 19 de octubre de 1988 el señor Pablo Emilio Bernal Cárdenas y la señora Fabiola Jaramillo de Bernal por mutuo consentimiento disolvieron y liquidaron la sociedad conyugal. (Expediente digital, PDF. 01 Demanda (fls. 2 a 11))

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF. 01 CuadernoPrincipal (fls. 96 a 97)), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

2. Contestación de la demanda.

2.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones aduciendo que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, toda vez que la pensión fue reconocida a la señora Fabiola Jaramillo Bernal en calidad de cónyuge, y por ende, Colpensiones carece de competencia para hacer pronunciamiento al respecto, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1204 de 2008, y por otro lado, manifiesta que le corresponde a la parte interesada demostrar la real convivencia, entendida esta como la ayuda mutua, socorro, y que hayan compartido techo, lecho y mesa. Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 5° a 11°, relacionados con la fecha de fallecimiento del causante, a quien le fue reconocida pensión de vejez; además, la reclamación y negativa en el reconocimiento pensional. Respecto de los demás los negó o no le constó. Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC – indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (Expediente digital, PDF. 01 CuadernoPrincipal (fls 73 a 84))

2.2. Fabiola Jaramillo de Bernal. Contestó la demanda a través de Curador Ad litem, quien presentó contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones, y proponiendo como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la acción, e inexistencia de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. (Expediente digital, PDF. 04 ContestaciónCuradora (fls. 1 a 4))

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de mayo del 2022, en la que el fallador negó las pretensiones de la demanda instaurada por María Elena Ramírez Ortiz en contra de Colpensiones y Fabiola Jaramillo, condenando en costas a la demandante y en favor de las demandadas.

Su decisión se basó en que se encuentra acreditado el fallecimiento del causante el 13 de agosto de 2016, igualmente la calidad de pensionado que ostentaba el señor Bernal Cárdenas a cargo de COLPENSIONES.

Entrando en materia frente al reconocimiento pensional, hizo alusión a que de conformidad con el criterio jurisprudencial, la sustitución pensional debe estudiarse con la normatividad vigente al momento del fallecimiento, y como quiera que el señor Pablo Emilio Bernal Cárdenas falleció el 13 de agosto de 2016, le resulta aplicable el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, cuyas exigencias pasó a verificarlas en el sub examine.

En cuanto a la convivencia, consideró que no se configuró tal requisito en los siguientes términos:

"En conclusión, la demandante y el causante sí fueron pareja, tuvieron una relación de carácter sentimental, pero no con los vínculos condiciones, requisitos y atributos que exige la ley y la jurisprudencia para poder solicitar la pensión de sobrevivencia. Igualmente, los testigos que trajo la parte demandante tal como se relató anteriormente, en sus relatos no tuvieron la entidad suficiente para corroborar el dicho de la demandante en su interrogatorio, esto respecto a las justificaciones de por qué la convivencia se dio de esta manera y por qué la demandante estaba en otra ciudad, en la ciudad de Palmira, según ella cuidando una hermana en su enfermedad. Estos testimonios se caracterizaron por los olvidos constantes, datos imprecisos y contradictorios, siquiera atinaron a establecer la

ciudad donde se encontraba la demandante para el 13 de agosto del 2016, cuando falleció el causante.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandante solicita que se revoque la decisión de instancia y se conceda la prestación, para lo cual debe tenerse en cuenta el interrogatorio de la señora María Elena Ramírez, quien relató que convivió con el señor Pablo Emilio desde el año de 1988 y hasta el año 2016, y que a pesar de que no dio una buena explicación referente a la convivencia, se debe tener en cuenta que el hecho de que el causante tenía una oficina en el patio trasero de la casa de su mamá, ello fue adecuado de alguna forma para poder reposar, era un lugar para poder quedarse cuando su estado de salud no se lo permitiera, sin embargo, ello no indica que la convivencia con la actora se haya suspendido o se haya parado en algún momento; que era la demandante quien le ayudaba al causante en el momento que tenía que asistir a citas médicas, era la persona que estaba ocupada del lavado de su ropa, la alimentación, tanto así que una de sus sobrinas es nutricionista, y era quien le hace una dieta; que la demandante fue la persona que lo convenció para empezar a hacerse unas diálisis, además era la persona que le llevaba sus artículos personales básicos a la clínica cuando estaba internado; que si bien la demandante relató que Pablo Emilio en algunas ocasiones se quedaba en la casa de la mamá, ella también indicó que Pablo estaba permanentemente en la casa que compartía con la hija de la señora María Elena y con el nieto de ella misma; que una de los testigos manifestó que se encontró al señor Pablo en citas médicas y que María Elena era la persona que estaba al lado de él; que el otro testigo también refirió que la pareja lo visitaba en la ciudad de Villavicencio, y que el causante era quien solventaba los gastos económicos; que el hecho de que la demandante unos meses antes del fallecimiento haya ido a prestarle una ayuda por el estado de salud en hermana, no indica que la convivencia con Pablo Emilio haya dejado de existir o que ella haya abandonado a Pablo en sus últimos momentos; que la pareja convivió por más de 30 años, en los que tuvieron problemas, pero también tuvieron muchos buenos momentos, además estuvieron prestándose una ayuda mutua; que hablaban por teléfono todos los días y en el momento en que Pablo le dejó de contestar el teléfono, envía su nieto a averiguar, y es cuando le dicen que su abuelito había fallecido, situación de la que no se enteró en la medida en que la familia de Pablo nunca la aceptó; que el hecho de que María Elena no haya podido estar con él al momento del fallecimiento, no desdibuja la permanencia en el tiempo de la relación marital que existió con el señor Pablo.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones: Solicita que se confirme la decisión de instancia, dado que la demandante no acredita los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, ya que no demostró la convivencia.

6.2 Demandante: Manifiesta que se debe revocar y conceder la pensión de sobrevivientes, ya que de las pruebas aportadas se logra demostrar la convivencia con el señor Emilio Bernal Cárdenas.

6.3 Fabiola Jaramillo de Bernal: Solicita que se confirme la decisión de instancia al no existir presupuestos facticos y sustanciales para que sea revocado el reconocimiento pensional de la demandada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A

del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problema Jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente: (i) ¿ A María Elena Ramírez Ortiz le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente por el fallecimiento del señor Pablo Emilio Bernal Cárdenas, acaecido el 13 de agosto de 2016?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Pablo Emilio Bernal Cárdenas, se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 09243549, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 13 de agosto de 2016. (Expediente digital, PDF. 01 CuadernoPrincipal (fl. 17))

4. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 13 de agosto de 2016. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

5. Calidad de pensionado del cujus. No se discute que Pablo Emilio Bernal Cárdenas fue pensionado por el ISS, hoy COLPENSIONES por medio de la Resolución núm. 46889 del 29 de septiembre de 2008, lo cual es aceptado por la enjuiciada y se corrobora con el acto administrativo SUB326222 de 18 de diciembre de 2018. (Expediente digital, PDF. 01 CuadernoPrincipal (fls. 31 a 35))

6. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1º del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

7. Requisitos de la pensión de sobrevivientes. El literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003, señala que son beneficiarios de la pensión de sobreviviente en forma vitalicia el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años. Indica además la norma, que en caso de que la pensión de sobreviviente se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera permanente deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte, siendo del caso precisar que la cónyuge supérstite debe acreditar dicha exigencia en cualquier tiempo.

8. Tiempo de convivencia. Conforme a lo anterior, se procede a revisar este aspecto, para lo cual ha de tenerse en cuenta que en los términos del inciso 4º del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C 1035 del 22 de octubre del 2008, declaró condicionalmente exequible el aparte subrayado en el entendido de que además de la esposa o el esposo, serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Bajo ese contexto, se procede a revisar si la compañera permanente cumple con las exigencias normativas para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, de la siguiente manera:

9. Derecho reclamado por María Elena Ramírez Ortiz

9.1. Edad. Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora María Elena Ramírez Ortiz, nació el 01 de septiembre 1950 y para la muerte del señor Pablo Emilio Bernal Cárdenas, contaba con 66 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

9.2. Calidad de compañera permanente. Ha de precisarse que en tratándose de compañera permanente no es dable exigirle convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que ha de acudirse a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 de 2007, en la que se señaló que se entiende por familia *"Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"*.

Así mismo, en sentencia en la sentencia SU 337 de 2017, se señaló: *"(...) acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI."*

9.3. Prueba de la convivencia de compañera permanente. Este requisito constituye el eje central de la litis, pues una vez se presentó la señora María Elena Ramírez Ortiz, en calidad de compañera permanente a reclamar la sustitución pensional ante COLPENSIONES (Fol. 22 archivo No 01), dicha entidad mediante resolución SUB44603 del 25 de abril de 2017, le negó el reconocimiento *"debido a que el derecho ya fue otorgado a la señora Jaramillo de Bernal Fabiola, debido a que una vez se realizó la solicitud de sustitución pensional se procedió a realizar la publicidad señalada en la Ley a través del EDICTO EMPLAZATORIO, a fin de que todas las personas que se creyeran con derecho, se hicieran presentes en el trámite de reclamación, y la actual peticionaria acudió a reclamar el mismo derecho, cuando ya había plecluido el término para hacerlo"* (Fols. 25 a 30).

En ese orden, resta para la Sala verificar el cumplimiento de la convivencia de la reclamante María Elena Ramírez Ortiz como a continuación se detallará.

Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende la acreditación de *"ser miembro del grupo familiar"*, para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en todos los eventos que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la compañera o compañero permanente, deben *"ser miembros del grupo familiar"* y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de

Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

Ahora, en lo referente al lapso de la convivencia baste decir que en los eventos en que la reclamante sea compañera permanente del pensionado, la exigencia es de cinco (5) años anteriores al deceso del causante, y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia en al SL362/21, que reiteró lo dicho en la SL1399/18, en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)".

De forma que, en el sub examine la parte actora esgrime que la convivencia inició desde el 07 de julio de 1988 y se mantuvo hasta el óbito del señor Pablo Emilio Bernal Cárdenas (13/08/2016), sin embargo, una vez valorada la prueba allegada al plenario, de entrada, la Sala manifiesta que la razón está del lado del cognoscente de instancia, ya que no se logra acreditar por espacio de cinco (5) años anteriores a la fecha del deceso, como se verá a continuación.

Desde la demanda se aduce que para la fecha del deceso del señor Pablo Emilio Bernal Cárdenas, convivían *"de forma permanente e ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa por más de 28 años aproximadamente"*; sin embargo, la actora en el interrogatorio de parte confesó que para la fecha del deceso (13 de agosto de 2016), *"Yo estaba en Palmira, señorita. Porque me llamó mi hermana la que vive en Palmira y me dijo que le tenían que hacer dos cirugías (...). Entonces él me dijo no amor, ve tú y la acompaña que Fanny está pendiente y ahí nos estamos comunicando; y a la pregunta después de muerto él ¿Qué hizo usted cuando fallece el señor Pablo? Respondió que "Yo lo llamaba todos los días y de pronto no me contestó el teléfono, el hijo ni nada de eso. Entonces yo le dije a mi nieto, vaya donde es su abuelo y dígame que qué pasó con el teléfono, que cómo se encuentra que yo lo estado llamando y no me contesta. Entonces mi nieto fue y preguntó por su abuelo y le dijeron que él había fallecido hacía tres o cuatro días. El falleció un fin de semana. (...). En eso le hicieron la otra cirugía a mi hermana y yo me*

quedé allá, cuidándola, porque yo dije pues ya que, yo le mandé decir misa y me quedé allá”.

Lo anterior para significar que no es cierto lo que expresa en el libelo genitor acerca de que la convivencia fue de forma permanente e ininterrumpida, por el contrario, de lo expresado por la parte activa ni de asomo se puede desprender que hayan mantenido *"vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común"*, pues no puede entender la Sala que siendo compañeros permanentes como lo sostiene la actora, no haya estado presente o acompañándolo en sus últimos días, máxime si se tiene en cuenta que fue la propia demandante quien manifestó que el causante sufría de "diabetes" desde aproximadamente los años 90, pero que se agravó desde el año 2013 en adelante, por lo cual era hospitalizado constantemente, es decir, que de haber sostenido una relación de convivencia **real y efectiva** se esperaba su acompañamiento, independientemente de que la familia del causante no hubiera estado de acuerdo como lo refiere también la demandante.

Ello así, la Sala no encuentra sustento probatorio de la tesis defendida por la parte activa, pues la censura está dirigida a que se tenga como cierto todo lo dicho por la propia demandante en el interrogatorio de parte, ante lo cual, acota la Sala que si bien esta Corporación insistentemente ha señalado que no es dable a la propia parte crear sus propias pruebas, para sacar provecho o beneficiarse de ella, máxime cuando es evidente que de su dicho no puede extraerse una confesión pura y simple, en tanto que no se observa que produzcan consecuencias adversas o que favorezcan a la parte contraria, en términos del artículo 195 del C.G.P., no obstante, también ha dicho que es factible apreciarlas como simples declaraciones de parte, que deben ser respaldadas con otros medios de prueba, lo que no acontece en el sub lite, dado que solo se tiene el dicho sin ningún medio de convicción adicional que permita corroborar lo manifestado, esto es, que la convivencia se haya mantenido de manera ininterrumpida hasta el óbito del señor Pablo Emilio Bernal Cárdenas.

Para mayor claridad respecto al interrogatorio de parte, el Código de Procedimiento Civil, suponía admitir que cada parte podía citar a la otra a interrogatorio, a efectos de lograr exclusivamente su confesión, y por ello aquellas manifestaciones de las partes que no constituyan confesión no debían ser tenidas en cuenta por el juez, sin embargo, con la vigencia del Código General del Proceso, se establece en la sección tercera lo relacionado con el régimen probatorio, y en su capítulo III la *"declaración de parte y la confesión"*, es decir, dos medios de prueba autónomos, pues mientras lo desfavorable se toma como confesión, lo que no constituye confesión puede ser apreciado por el juez como una simple declaración, tal como lo previene el inciso final del artículo 191 del C.G.P, en la que a la letra reza: *"La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas"*.

La doctrina también ha estudiado este tema y ha evidenciado el cambio que incorporó el CGP a su código antecesor, en los siguientes términos: *"los modernos sistemas que adoptan la victoriosa oralidad, entre ellos el del CGP, al acrecentar la inmediación y la libre valoración de las pruebas, engrandecen el significado principal del contacto personal e inmediato del juez con las partes y prácticamente sin excepción reconocen el vigor y la eficacia probatoria de la simple declaración de parte, obtenida en un interrogatorio libre"*. (Código General del Proceso- Aspectos probatorios – Ulises Canosa Suarez¹).

Así las cosas, no está llamada a prosperar la alzada construida con las manifestaciones de la parte demandante en el interrogatorio de parte.

¹ <http://jurisuniroario2012.blogspot.com.co/2012/08/codigo-general-del-proceso-aspectos.html>

En este punto, es preciso traer a colación la máxima de la experiencia, según la cual las personas no mienten en lo que les desfavorece, pero sí podrían hacerlo en lo que les beneficia, por lo cual, *a contrario sensu*, nada favorable puede extraerse de sus dichos; así pues que, al haber confesado que al momento de la muerte el causante no convivía con ella sino que el causante residía en la casa de la progenitora, es necesario que hubiere probado que tal separación se dio por circunstancias ajenas a la pareja, pero no obra prueba alguna en el plenario que tal separación se hubiere debido a temas de salud o de trabajo, pues nada de eso se logra demostrar por la activa.

Por otro lado, respecto a la prueba testimonial, conviene precisar que en términos del artículo 211 del CGP: *"El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso"* teniendo en cuenta las *"circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas"*, y conforme lo señalan las reglas de la sana crítica, aspectos que no se encuentra que el fallador de instancia haya socavado, por el contrario, una vez valorada la prueba testimonial en esta instancia, se llega a la misma conclusión, pues en cuento a la señora Verónica Garzón Novoa solo dio cuenta de haber conocido a la pareja en el año 2001 cuando residían en Girardot, y a pesar de que manifestó que luego se trasladó a Bogotá, al igual que la pareja, no se desprende de sus dichos que haya sido una persona cercana o que dé cuenta de la convivencia real y efectiva, ello debido a que solo se los encontró en una oportunidad en la clínica, sin recordar el año, además no dio cuenta del fallecimiento del señor Pablo Emilio Bernal Cárdenas, ni tampoco de que la actora hubiera estado en Palmira, ya que sus dichos provienen de lo que la demandante le manifestó al respecto, en los siguientes términos *"La verdad es que ella me comentó y un día le estuve marcando y me dijo que estaba en Cali y creo que fue en los días que don Pablo falleció"*.

En lo que concita con el señor Rafael Matías García, si bien es cierto conoció a la pareja en el año 1988 y dio cuenta de la convivencia en esa época, resultó contradictorio cuando se le preguntó sobre la convivencia para los años cercanos al deceso del señor Pablo Emilio Bernal Cárdenas, ya que ni siquiera pudo referir de qué murió el actor, ni si estuvo internado en una clínica o no, y peor aún manifestó que la demandante se encontraba en Armenia, siendo que según la actora estaba en Palmira; asimismo, le preguntaron si para el año 2016 los visitó y manifestó que no, que la última vez que se encontraron fue en el año 2015, por lo que sus dichos no pueden corroborar lo manifestado por la actora para el año 2016, es decir, la tesis según la cual tuvo que viajar a Palmira a cuidar de su hermana, pero que la convivencia seguía indeleble.

Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado no se probó que María Elena Ramírez Ortiz conviviera en calidad de compañera permanente con el óbito por espacio superior a los 5 años anteriores al deceso (13/08/2016).

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primer grado, que con acierto negó las suplicas de la demanda.

10. Costas. En esta instancia a cargo de la demandante y a favor de la parte demandada COLPENSIONES, por no haber prosperado el recurso de apelación. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

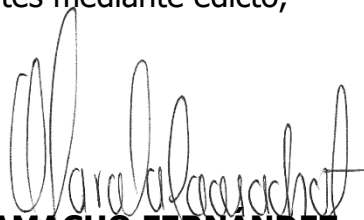
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de mayo de 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme la parte motiva de esta providencia.

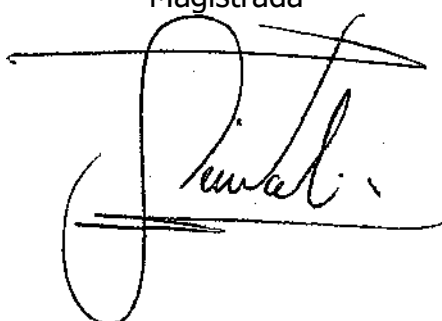
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante y a favor de Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

(En uso de permiso)

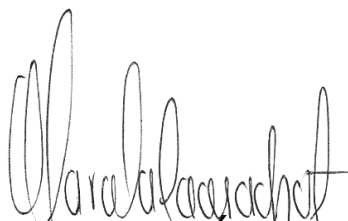
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **COLPENSIONES** y a cargo de la demandante da María Elena Ramírez Ortiz, en la suma de ½ SMLMV, esto es, \$500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada