

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503520230001401
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUIS CARLOS GIL JIMÉNEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **LUIS CARLOS GIL JIMÉNEZ** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir por omisión al deber de información; en consecuencia, se ordene a esta retornar a Colpensiones todas las sumas de dinero que figuren en su cuenta de ahorro individual y que consisten en bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc; que se **ordene** a Colpensiones tenerlo como afiliado del RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 31 de julio de 1961; que laboró para la Policía Nacional desde el 08 de enero de 1979, hasta el 17 de febrero de 1988, y para la empresa Vertical de Aviación entre el 01 de septiembre de 1988, hasta el 30 de enero de 1999, según consta en el certificado CETIL; que el 25 de julio del 2000, se afilió a la AFP

Porvenir S.A., quien **no le informó** previo a su vinculación: i) la naturaleza propia de ese régimen de capitalización; ii) las desventajas del RAIS; iii) los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional; iv) que debía quedarse en el RPM dadas sus semanas de cotización y promedio salarial; v) las ventajas de permanecer en el RPM; entre otras; que tampoco le entregó el plan de pensión ni del reglamento del fondo privado.

Narró que, en septiembre de 2022, solicito ante Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., procediera a anular y/o declarar ineficaz la afiliación al RAIS, pero la primera entidad negó lo solicitado; y que contaba con 2023, semanas aportadas al sistema general de pensiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que presentó una petición que le fue negada; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

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

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la afiliación a esa AFP suscrita el 25 de julio del 2000, y la petición radicada ante esa entidad; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban y otros que no eran ciertos. Aclaró que, su asesor le brindó al actor información suficiente respecto de las condiciones pensionales en los dos regímenes, sobre las características de cada uno y, diferencias entre los dos, así como las consecuencias de su traslado, que entre otras cosas lo ilustró sobre el régimen de transición pensional, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual (110% del valor del salario mínimo y sometida a la realización de un cálculo actuarial); que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales, a su cuenta; que tendría derecho a bono pensional, si había aportado 150 semanas antes del traslado RAIS, y que su vinculación al RAIS era completamente voluntaria.

Adujo que, le había comunicado que entre los beneficios más importantes del RAIS se destacaban, que en caso de que el afiliado muriera y no cumpliera con el capital para pensionarse, sus herederos podrían disponer de ese capital, en caso de no completar el capital necesario para la pensión y si contaba con 1150 semanas de cotización, podría acceder a la garantía de la pensión mínima, si el monto de su pensión llegara a ser superior al 70% de su Ingreso Base de Liquidación, podrá disponer de sus excedentes de libre disposición; que también le había explicado las características del Régimen de Prima Media, y la forma de acceder a las prestaciones correspondientes.

Formuló como excepciones de fondo, las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 14 de julio de 2023 (archivo 13 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado con fecha de solicitud de vinculación de 25 de julio del 2000, efectiva desde el 01 de septiembre de 2000, por LUIS CARLOS GIL JIMÉNEZ, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante LUIS CARLOS GIL JIMÉNEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

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

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A, con motivo de la afiliación de LUIS CARLOS GIL JIMÉNEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada, la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.; liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1.000.000 por concepto de agencias en derecho a favor de la señora LUIS CARLOS GIL JIMÉNEZ.

Sin costas para la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES.

La a quo fijó como problema jurídico, el determinar si era ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el actor el 25 de julio del año 2000 a través de la AFP Porvenir S.A. en caso de ser así, establecer las consecuencias jurídicas.

Empezó por señalar que, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones se encontraban facultados para escoger el régimen pensional al cual querían pertenecer, dándole igualmente la posibilidad de modificar la elección inicial, pudiéndose trasladar de régimen por una sola vez después de transcurridos 3 años contados desde la selección inicial, lo cual fue modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que elevó dicho término a 5 años.

Refirió que, del material probatorio se extraía que el demandante inició cotizaciones al ISS hoy Colpensiones a partir del 01 de junio de 1999, acumulando a agosto del 2000, un total de 58,57 semanas; que se trasladó a la AFP Porvenir el 25 de julio del 2000 haciéndose efectivo a partir del 01 de septiembre de igual año.

Sostuvo que, sobre el tema materia de estudio la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tenía construido un precedente judicial con un conjunto de reglas, así: i) cuando el trabajador o el cotizante hace la manifestación de que no hubo consentimiento informado, se traslada la carga de la prueba para que sea el fondo de pensiones quien deba probar que sí se dio dicha información (sentencia CSJ SL2229-2022, CSJ SL2484-2022); ii) las leyendas en los formularios de afiliación no son suficientes para probar el consentimiento informado, únicamente prueban un consentimiento sin vicios (sentencia CSJ 2483-2022); iii) que el traslado de régimen conlleva a un deber del buen consejo por parte de los fondos de pensiones, ya que por medio de ellos, el afiliado procura el disfrute de su pensión, por lo que debe indicársele de manera puntual las condiciones favorables o desfavorables para el disfrute de la misma; iv) la información debe ser veraz y suficiente frente a lo que implica el traslado del RPM al RAIS para que el afiliado pueda establecer con suficiente claridad si le convenía o no cambiarse de régimen, inclusive si fuera del caso, el fondo tiene la obligación de desanimar la toma de una opción que claramente le perjudique.

Indicó que, en este asunto la AFP Porvenir S.A., no demostró que hubiese informado al actor sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por lo que no podía darse por satisfecho el deber de información, debiendo entonces declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado el 25 de julio del 2000.

Advirtió que, la consecuencia de dicha declaratoria era que las cosas debían retrotraerse al estado en que se encontraban antes, como si el traslado jamás hubiese ocurrido, por ende, los fondos privados de pensiones debían trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, más los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que en este asunto no se podía dar aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en el cual se señalaron las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado a falta del cumplimiento del deber de información «*esto atendiendo el principio de inescindibilidad*».

Refirió que, la declaratoria injustificada de la ineficacia del traslado al RAIS, contribuía a la descapitalización del sistema pensional, poniendo en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados del RPM, porque asumir la afiliación del actor implicaría una carga pensional en montos no previstos y que no tienen reserva dispuesta para tal fin.

Indicó que, en caso de mantenerse la decisión, se ordene al fondo devolver los aportes del demandante sin realizar deducción alguna por primas de seguros de invalidez y sobrevivientes; se autorice a Colpensiones a obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen al asumir la obligación pensional del promotor del litigio; y no se le condene en costas en ninguna de las instancias, porque siempre obró de buena fe, respetando la voluntad del actor de cambiarse de régimen pensional.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor LUIS CARLOS GIL JIMÉNEZ nació el 31 de julio de 1961; *ii)* que laboró para la Policía Nacional entre el 08 de enero de 1979 hasta el 17 de febrero de 1988, acreditando un total de 9 años, 2 meses y 25 días (f.º 35 archivo 02 carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que prestó servicios a la empresa Vertical de Aviación SAS, entre el 01 de septiembre de 1988 hasta el 30 de enero de 1999 según consta en el certificado CETIL expedido el 11

de octubre de 2019 (f.º 74-79 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** que realizó aportes al ISS entre el 01 de junio de 1999 y el 31 de agosto del 2000 acumulando 58,57 semanas (carpeta 10 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **v)** que el **25 de julio del 2000**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1º de septiembre de igual año (f.º 87, archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital) donde ha venido cotizando hasta la fecha.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**25 de julio del 2000**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **25 de julio del 2000**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que

únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

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

Tampoco puede admitirse que actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que por ello no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 2000.

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre

muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por la juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario adicionar y modificar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que la a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA APELACIÓN COLPENSIONES

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, desde el 01 de septiembre del 2000, en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones la suma de \$1.300.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105036202200299-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUIS ALFONSO BELTRÁN MURCIA
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **LUIS ALFONSO BELTRÁN MURCIA** se **declare** la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Protección S.A., por omisión al deber de información, en consecuencia, se condene a este a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por virtud de su afiliación; que se **ordene** a Colpensiones tenerlo como afiliado del RPM y actualizar su historia laboral.

De manera subsidiaria peticionó se declare que se encuentra afiliado al RPM administrado por Colpensiones, en consecuencia, se ordene a la AFP Protección S.A., devolver sus aportes a la primera entidad, quien debe recibirlos y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst, exp digital), señaló en síntesis, que nació el 23 de marzo de 1955; que entre el 04 de abril de

2010, y el 1° de enero de 2022, mantuvo vinculación laboral con la empresa ESMERACOL S.A., y realizó aportes a la AFP Protección S.A., que para su vinculación a esa AFP fue contactado por un asesor quien únicamente le informó que afiliarse a ese fondo privado era la mejor opción, que no le brindó información clara y oportuna; que su empleador le exigía como requisito para empezar a trabajar afiliarse a un fondo de pensiones.

Narró que, el asesor de la AFP *«únicamente hizo relación al riesgo que corría si seguía en el Régimen de Prima Media, se le discriminó la información a la que tenía derecho para el año de 2010»*; que no le dio información trascendental sobre el reconocimiento de su pensión de vejez en el RAIS, de cara a las condiciones más favorables que ofrecía el RPM; que no le realizaron proyecciones pensionales, ni comparativo entre ambos regímenes para evidenciar las diferencias entre ellos; y que la afiliación irregular al RAIS se realizó el 18 de marzo de 2010.

Expuso que, conforme la sentencia CSJ SL, 06 nov 2019, Rad. 62659, la empleadora ESMERACOL S.A., debe reconocerle aportes en pensiones desde el 3 de septiembre de 2003, hasta el 30 de noviembre de 2009.

Indicó que, petitionó ante Colpensiones y la AFP Protección S.A., el retorno al RPM, pero que la primera entidad le contestó que estaba inmerso en la prohibición legal de traslado por encontrarse a menos de 10 años de la edad mínima de pensiones, y la segunda negó lo solicitado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó (archivo 05 carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por cuanto el actor tuvo su vinculación inicial con el RAIS y nunca ha pertenecido al RPM; en cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la petición radicada ante esa entidad, y la respuesta emitida; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero

Como excepciones de mérito, propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia del traslado, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe,

falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia CSJ SL 373 de 2021, y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCION S.A.**, contestó (archivo 06 carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que su vinculación inicial fue con esa AFP mediante formulario firmado el 18 de marzo de 2010; que presentó petición el 28 de marzo de 2022, a la cual le dio respuesta el 08 de abril de igual anualidad; frente a los demás, indicó que no eran ciertos o que no le constaban por corresponder a un tercero.

Aclaró que, previo a la afiliación del promotor del litigio se le asesoró sobre la posibilidad de pensionarse de manera anticipada siempre que contara con el capital suficiente para ello, que se le explicó que en la liquidación de la pensión se tendrían en cuenta aspectos tales como, el capital ahorrado -aportes obligatorios, voluntarios y rendimientos financieros-, la existencia de un bono pensional y el valor del mismo, la edad de retiro, composición del grupo familiar, los beneficiarios, la expectativa de vida según la tabla de mortalidad de rentistas, el factor actuarial combinación expectativa de vida y factor financiero, la regulación de la Superfinanciera y el Ministerio de Hacienda y Crédito público para liquidar la mesada pensional; las características del RAIS vs las del RPM, como lo era, cuenta de ahorro individual vs fondo común, capital acumulado vs requisitos de edad y semanas de cotización, garantía de pensión mínima en el RAIS, devolución de saldos vs indemnización sustitutiva, y la distribución de sus cotizaciones en el RAIS, que con base en ese conocimiento firmó libre y voluntariamente el traslado a esa AFP.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de mayo de 2023 (archivo 16-17 carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, así como la de falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de COLPENSIONES

SEGUNDO: ABSOLVER a PROTECCIÓN S.A., y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS al demandante. Liquídense como agencias en derecho con la suma de \$300.000, a cargo de cada una de las encartadas.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor del extremo demandante, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S

El Juzgado de primera instancia, fijó como problema jurídico determinar si era procedente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el actor el 18 de marzo de 2010, a la AFP Protección, y si como consecuencia de ello era viable ordenar el traslado al RPM.

Sostuvo que, la afiliación al sistema general de pensiones se surtía con el diligenciamiento del formulario de afiliación por parte del afiliado; que la legislación contemplaba la opción de escoger de forma libre y voluntaria entre dos regímenes pensionales, esto es, RAIS administrado por los fondos privados y RPM administrado por Colpensiones, y que una vez se realizara dicha selección los traslados entre regímenes estaban sujetos a una serie de condiciones, entre ellas una permanencia no inferior a 5 años en el régimen elegido y que no falten menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión.

Indicó que, en este asunto el actor solicitaba la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS a través de la AFP Protección por omisión al deber de información. Recordó que dicho deber se encontraba en cabeza de las administradoras desde la expedición de la Ley 100 de 1993, y que para la fecha de la afiliación inicial del demandante la norma que regía era el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, aplicable también a las entidades del sistema financiero, el cual reiteraba el deber de información encabeza de las administradoras, a fin de que los usuarios tomaran decisiones de manera informada; también hizo referencia al literal c) del artículo 3º de la Ley 1328 de 2009, y al Decreto 2241 de 2010.

Manifestó que la Corte Suprema de Justicia había analizado el cumplimiento de dicho deber en asuntos de **traslado de régimen pensional**, en la cual inicialmente se había analizado la viabilidad de declarar la nulidad del traslado cuando las AFP faltaran a dicho deber, citó entre otras las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL12136-2014, y CSJ SL447-2017, extrayendo de la primera que las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa

y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Indicó que la jurisprudencia se rectificó para señalar que la omisión al deber de información lo que acarrearía era la ineficacia del traslado y no la nulidad (sentencia CSJ SL 1452-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL 373-2020, CSJ SL 373-2021, CSJ SL1217-2021, CSJ SL 782-2021 y CSJ SL1055-2022).

Aclaró que, el traslado de régimen pensional implicaba que inicialmente la persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, y posteriormente realizó un traslado al régimen de ahorro individual; que en este asunto era evidente que el actor realizó una selección inicial de régimen el 18 de marzo de 2010, seleccionando el RAIS con la AFP Protección y allí permanece hasta la actualidad, de lo que concluyó que nunca estuvo afiliado al RPM, por lo que no era posible aplicarle el criterio jurisprudencial esbozado para los casos de traslado de régimen pensional, porque los supuestos fácticos eran diferentes.

Explicó que, la consecuencia jurídica de declarar la ineficacia del traslado eran volver las cosas a su estado inicial, pero que en este asunto ello no se podía, porque el señor Luis Alfonso Beltrán Murcia quedaría por fuera del sistema de seguridad social, pues los efectos de dicha decisión únicamente cobijan a los contratantes y Colpensiones no ha sido parte en las vinculaciones del actor, porque este nunca estuvo afiliado en el RPM, en consecuencia, señaló que absolvería de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que la pretensión de su demanda es que se declare la ineficacia o nulidad de la vinculación inicial debido a que las AFP desde su creación tenían el deber de cumplir con el deber de información con independencia de que se tratara de una afiliación inicial o de un traslado de régimen, para fundamentar esto citó en extenso una sentencia del Tribunal Superior de Cali dictada dentro del proceso 17-2019-00308, donde básicamente se planteó la posibilidad de declarar ineficaz la afiliación inicial por falta al deber de información y la persona pudiese elegir nuevamente régimen pensional.

Expuso que, en el expediente estaba demostrado que al momento de la afiliación al RAIS no le brindaron ningún tipo de información, pues de su interrogatorio de parte era evidente que desconocía la diferencia entre Colpensiones y Protección.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si hay lugar a declarar ineficaz o nula la afiliación que hizo el demandante a la AFP Protección S.A. el 18 de marzo de 2010, por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor LUIS ALFONSO BELTRÁN MURCIA se afilió a la AFP Protección el **18 de enero de 2010** (f.º 48 archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *ii)* que no tiene registro histórico en Colpensiones, conforme lo certificó el Director de la Dirección de Historia Laboral de la Gerencia de Gestión de la Información de dicha entidad, el día 23 de junio de 2022 (f.º 30-32 archivo 05 carpeta 1ª inst. exp. Digital).

Selección inicial de régimen pensional

A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se estableció la posibilidad de seleccionar cualquiera de los regímenes pensionales contemplados en dicha normatividad, ya fuera el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad; estableciéndose en el literal b) del artículo 13 *ibídem*, que la selección debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado, quien podrá manifestar por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Igualmente, tal normatividad contempló en el literal e), lo siguiente:

e. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral de Descongestión, en la sentencia CSJ SL1806-2022, indicó:

Ante tal panorama legal, la primera conclusión que surge para la Sala es que esa garantía de escoger régimen pensional es una expresión de la protección del derecho fundamental a la seguridad social, en vista del carácter obligatorio e irrenunciable de este último (artículo 48 de la Constitución Política). También, que resulta relevante para preservar

el equilibrio y la articulación del sistema, a la luz del principio de unidad consagrado en el literal e) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, es claro que las restricciones al libre movimiento entre regímenes pensionales tienen un sustento legal. No de otra manera se explica que el legislador hubiera sido tan explícito al disponer que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho de las personas a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, pueden ser destinatarias de sanciones económicas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación (artículo 271 de la Ley 100 de 1993).

[...]

Entonces, la afiliación es un acto jurídico único dentro de nuestro sistema pensional. Posteriormente, no puede ser desconocida su existencia, como si nunca se hubiera registrado.

Deber de información por parte de las AFP

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

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

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

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

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

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

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

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

No obstante, tales exigencias se han considerado en los casos de **traslado de régimen pensional**, que no fue lo que surgió en el presente asunto, pues aquí lo que se llevó a cabo fue una vinculación inicial o por primera vez al sistema general de pensiones, de manera que no es dable retrotraer la situación del afiliado al estado en que se hallaba antes de que hiciera aquella elección primigenia, comoquiera que **no existe una situación jurídica anterior que modificar**, ya que no existía afiliación al subsistema pensional del RPM, puesto que fue el **18 de marzo de 2010**, cuando lo hizo por primera vez escogiendo el régimen de ahorro individual, de tal suerte que, si bien a la AFP Protección le era exigible el cumplimiento del deber de información, previo a la afiliación del demandante, lo cierto es que no resulta atendible la declaratoria de ineficacia de dicho acto jurídico; por lo tanto, lo que podría invalidarse o declarar ineficaz es el traslado, más no la elección que por primera vez se hace al referido sistema. Así se dijo por la Sala de Casación laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1806-2022, en la que sostuvo:

*[...] la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, **no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional**. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho. (Subrayado y negrillas por fuera del texto original)*

En la misma providencia, al referirse a la imposibilidad de retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, antes de llevarse a cabo la afiliación inicial al régimen de pensiones, manifestó:

***La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones.** (Negrillas y subrayado fuera del texto original).*

*Así las cosas, **si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema** (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019). (Negrillas y subrayado fuera del texto original).*

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por

el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.

En tal sentido, se confirmará la decisión de primera instancia, pues se reitera en asuntos como el presente donde lo que se pretende es dejar sin efectos la afiliación inicial al sistema general de pensiones, la cual se hizo respecto del régimen de ahorro individual, no es viable porque no existe una situación jurídica anterior que se pueda modificar, esto es, no hay acto jurídico previo con Colpensiones que se pueda restablecer.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, esto es, absolver a las accionadas de las pretensiones de la demanda.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

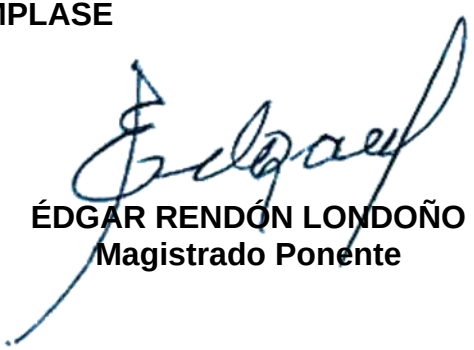
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante la suma de \$650.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105031202100001-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUIS RAMIRO SÁNCHEZ CASTRO
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los Treinta y uno (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor Luis Ramiro Sánchez Castro se declare que es beneficiario del régimen de transición; en consecuencia, se condene a Colpensiones a reconocerle y pagarle una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, exposición a sustancias cancerígenas, desde que cumplió 44 años de edad, con una tasa de reemplazo del 90%, a las mesadas adicionales de junio y diciembre, a los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carp 1ª inst, exp digital), señaló en síntesis, que nació 18 de abril de 1950; que cotizó al ISS un total de 1.717 semanas, de las cuales 1.664 fueron aportadas en ejercicio de actividades de alto riesgo-exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas para la salud, con el empleador Peldar S.A., esto entre el 02 de enero de 1978 y el 31 de marzo de 2008.

Narró que, al 01 de abril de 1994, contaba con más de 21 años de cotizaciones, lo que lo hacía beneficiario del régimen de transición; que mediante Resolución 113067

del 15 de julio de 2010, el ISS le reconoció pensión de vejez; que a través de la Resolución GNR 320265 del 19 de octubre de 2015, Colpensiones le negó una solicitud de reliquidación de la prestación, acto administrativo que fue confirmado en Resoluciones GNR 409403 del 16 de diciembre de igual año, y VPB 11492 del 08 de marzo de 2016.

Expuso que, en Resolución SUB 168187 del 05 de agosto de 2020, Colpensiones le negó el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, por no contar con el aporte adicional por ese concepto, decisión que fue confirmada en Resoluciones SUB 233837 del 29 de octubre de 2020 y DPE 15619 del 20 de noviembre de igual año; que mediante la historia ocupacional su ex empleador Cristalería Peldar S.A., certificó los cargos por el desempeñado *«labores varias materias primas- operador equipos material primas, durante turno de 8 horas con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas»*.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 07, carp 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que aportó 1.722 semanas, pero ninguna fue cotizada como alto riesgo; que es beneficiario del régimen de transición; que mediante Resolución 113067 del 15 de julio de 2010, el ISS le reconoció pensión de vejez a partir del 18 de abril de igual año; que expidió los actos administrativos GNR 320265 del 19 de octubre de 2015, GNR 409403 del 16 de diciembre de 2015, VPB 11492 del 08 de marzo de 2016, SUB 168187 del 05 de agosto de 2020, SUB 233837 del 29 de octubre de 2020 y DPE 15619 del 20 de noviembre de 2020.

Aclaró que, el actor no había desempeñado actividades de alto riesgo conforme la certificación expedida por su ex empleador Cristalería Peldar S.A. y que tampoco contaba con las 700 semanas de cotización especial, por lo que no era posible realizar el reconocimiento de la prestación de vejez de alto riesgo.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de junio de 2022 (archivo 12 carp. 1ª inst, exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido, y en consecuencia absolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las pretensiones formuladas en su contra por el señor LUÍS RAMIRO SÁNCHEZ CASTRO, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandante vencida en el proceso en costas a favor de la demandada, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a \$100.000.

El Juzgado, fijó como problema jurídico determinar si le asistía derecho al actor al reconocimiento y pago a la pensión especial de vejez por desempeñar actividades de alto riesgo, de ser así, verificar la procedencia de los intereses moratorios.

Refirió que la demostración del ejercicio de actividades de alto riesgo recaía en cabeza del trabajador, pues el solo hecho de la prestación del servicio en una empresa calificada como de alto riesgo, no era suficiente para que le asista el derecho a la prestación especial de vejez, ya que, no todos los trabajadores se encuentran sometidos al mismo riesgo y por ello era imperativo demostrar de manera individual la labor de alto riesgo de cada operario.

Indicó que, al expediente se había allegado certificación laboral expedida por Cristalería Peldar S.A, donde se hacía constar que el demandante había desempeñado los siguientes cargos: i) labores varias materias primas entre el 02/01/1978 y el 09/08/1978; y ii) operador equipos de materias primas del 10/08/1978 al 31/03/2008, igualmente citó las funciones allí plasmadas, así como certificación expedida por la ARL Liberty seguros de Vida SA, donde hace constar que la empresa Cristalería Peldar S.A., está calificada como riesgo 5°, y determinando diferentes clases de riesgos dependiendo del área donde se desempeñan la labor, área administrativa, operadores Clase 3, Operadores clase 4, en ambientes cerrados.

Dijo que, igualmente encontró un escrito del señor Alberto Castillo Director de Relaciones Industriales, en orden cronológico, donde se narraba que para el 23 de septiembre de 1987, se exigió el uso de mascarillas para el manejo de asbesto, en febrero de 1988 un estudio evidencia la exposición al polvo sílice, concluyéndose las medidas que la empresa debía adoptar para mitigar dicho riesgo, posteriormente se allegó estudio de polvo realizado por el Instituto de Higiene Industrial y Salud Ltda., determinando de manera genérica la exposición al polvo sílice por manejo en las materias primas, pero diferenciando ciertos aspectos respecto de cada una de las valoraciones individuales que

se debía hacer, como lo era determinar la exposición y la reducción que se presentaba en los turnos de trabajo, sin hacerse una análisis particular de cada cargo; que en diciembre de 1994, se destacó otro estudio en el que se advirtió unos niveles de exposición a polvo sílice, y en diciembre de 1996, estudio de Suratep, el cual estaba incompleto, pues solo se trajo los folios en que se detalló como se hizo el estudio mas no los resultados del mismo.

Expuso que, de los testimonios de los señores Armando Nieto Carrillo y Álvaro Suárez Prada, trabajadores de Cristalería Peldar S.A., se extraía que en el área de materias primas de forma gradual se dio el suministro de los elementos de seguridad industrial, y se realizaron cambios en las condiciones en materia ambiental para mitigar los riesgos de exposición, pero que ellos no recordaban la fecha precisa de ello.

Advirtió que, de los elementos probatorios traídos a juicio no surgía clara la exposición del riesgo a la que el demandante hacía referencia, ya que no había certeza, más allá de unos niveles genéricos determinados en los distintos estudios que se realizaron; que el actor en el periodo de su vinculación hubiese estado expuesto a sustancias cancerígenas, y si esta era periódica o frecuente.

Esbozo que, también se había hecho referencia a la exposición al aseo, pero esta dependía del área que debía limpiarse, es decir, no existía una exposición constante por fuera de los límites permisibles que por lo menos se pudiera determinar de la prueba testimonial, sumado al hecho de la data en que se realizaron las respectivas evaluaciones, sin contar con la verificación posterior que se realizó frente a las mejoras y condiciones del ambiente laboral, de lo que dieron cuenta los testigos, al igual que de los procesos automatizados que se generaban en materias primas, todos ellos adaptados también a la mejora de las condiciones laborales.

Concluyó que, en este asunto no estaba acreditado de manera particular y puntual la exposición a alto riesgo, además que al actor ya se le había realizado el reconocimiento pensional a la luz de lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, con una tasa de reemplazo del 90%, es decir, por el transcurso del tiempo y las cotizaciones posteriores realizadas hasta la fecha de reconocimiento pensional, perdió el derecho de solicitar el anticipo de la edad por el transcurso del tiempo, derecho que incluso de prosperar también se vería afectado por el fenómeno de prescripción. En consecuencia, absolvió a Colpensiones de las pretensiones invocadas en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **ACTORA** interpuso recurso de apelación argumentando que demostró que ejerció en forma permanente una actividad que la legislación ha catalogado como de alto riesgo, ya que estuvo en contacto permanente con sustancias comprobadamente cancerígenas.

Señaló que, en el expediente estaban los estudios realizados por el Instituto de Seguros Sociales, por el Instituto de Ingeniería Ambiental y Salud, por Suratep, y por el Grupo Guillermo Ferguson en 1991- 1992, lo cuales satisfacían la carga probatoria exigida a la parte demandante para acceder al reconocimiento de la prestación, pues de ellos se desprendía que las materias primas utilizadas por Cristalería Peldar S.A., son causas de la alteración en la salud de sus trabajadores, pues laboran en un ambiente contaminado, con sustancias químicas emanadas de la materia prima en fundición en el proceso productivo, que a pesar de la tecnificación en las diferentes áreas de la compañía, tiene relación íntima con el cáncer y otros daños a la salud del personal que laboran allí.

Sostuvo que, todo el personal que labora en Cristalería Peldar S.A., está expuesto a concentraciones de polvo sílices; *«que todos los procesos y operaciones de la planta analizados para polvo total respirable muestran una alta contaminación para la eliminación de las partículas en medio del ambiente laboral y que algunas de las áreas de la empresa, las concentraciones de material particular volátil supera los límites permisibles, como es el caso de materias primas, donde el trabajador se desempeñó durante toda su vida laboral»*.

Consideró que, se debe aplicar el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, y reconocerse la pensión de vejez por alto riesgo desde antes del año 2005, lo que le daría derecho a la mesada 14.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar, si hay lugar a reconocer y pagar al actor una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo en su favor, o si por el contrario no acredita los requisitos para ello.

En el presente asunto, no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Luis Ramiro Sánchez Castro nació el 18 de abril de 1950; **ii)** que aportó al ISS hoy Colpensiones 1.718,39 semanas entre el 13/01/1973 y el 30/04/2010, de las cuales **1.557,27** fueron con el empleador Cristalería Peldar S.A., quien **NO** realizó aportes adicionales para pensión especial o de alto riesgo; **iii)** que mediante Resolución 113067 del 15 de julio de 2010 el ISS le reconoció pensión de vejez en cuantía de \$2.753.092 efectiva a partir del 18 de abril de 2010 y con una tasa de reemplazo del 90%; **iv)** que mediante Resolución GNR 320265 del 19 de octubre de 2015, Colpensiones le negó una petición de reliquidación de la pensión de vejez, decisión contra la que se interpuso recurso de reposición en subsidio apelación, los que fueron resueltos negativamente en Resoluciones GNR 409403 del 16 de diciembre de 2015, y VPB 11492 del 08 de marzo de 2016, respectivamente; y **v)** que el 12 de febrero de 2020, solicitó una pensión de vejez de alto riesgo, la que fue negada en Resolución SUB 168187 del 05 de agosto de 2020, acto administrativo contra el que se interpuso recurso de reposición en subsidio apelación, siendo confirmado en Resoluciones SUB 233837 del 29 de octubre de 2020 y DPE 15619 del 20 de noviembre de 2020, respectivamente.

Para resolver el problema jurídico planteado, debemos indicar que la referida prestación por alto riesgo tiene por finalidad brindar una protección a los trabajadores que no laboran propiamente en ambientes normales de trabajo, sino que están sometidos a determinados riesgos que pueden afectar su integridad física y que pueden acelerar el estado de vejez o acortar el período de vida, tal como se explicó por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 29 may. 2012, rad. 38948, en la que se dijo: *«[...] lo que se busca con las pensiones especiales por actividades de alto riesgo es la protección especial del trabajador que ha estado expuesto a riesgos y que sufre detrimento anormal de la salud en virtud del oficio desempeñado, siendo patente que esa mengua se sufre por la exposición por periodos prolongados de tiempo»*.

Así, el trabajador que aspira a acceder a una pensión especial de alto riesgo debe demostrar que, en efecto, estuvo expuesto o desempeñando alguna de las actividades que están catalogadas como tal por la ley, pues es a partir del cumplimiento de esta condición, que puede acceder a esa prestación, acreditando, claro está, la densidad de semanas y edad exigidas por la norma para ello.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado que no basta con probar que la empresa empleadora desarrolla actividades de alto riesgo o que está calificada como tal, ya que lo importante es demostrar en cada caso concreto que el trabajador realmente estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas. Así se explicó en sentencia CSJ SL035-2021:

De otra parte, resulta evidente que el promotor confunde inapropiadamente las reglas aplicables a la clasificación de una determinada empresa dentro de las clases de riesgo identificadas por el Sistema General de Riesgos Profesionales hoy Laborales, con el hecho de que un trabajador desarrolle efectivamente alguna de las labores que la ley califica como de alto riesgo, y que es el fundamento para acceder a la pensión especial de vejez, consagrada en los artículos 15 del Acuerdo 049/90, 1 y 2 del Decreto 1281/94.

Sobre el particular, ya esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en las sentencias CSJ SL925-2018 y CSJ SL14027-2016, en donde se rememoraron las CSJ SL 10031-2014, 30 jul. 2014, rad. 43436, reiterada en la SL17123-2014, puntualizándose:

No por el hecho de que una empresa como la demandada sea clasificada como de alto o máximo riesgo, se puede predicar que todos sus trabajadores despliegan actividades de alto riesgo, pues se trata de dos conceptos con tratamientos y consecuencias diferentes. En ese sentido, nada impide que una empresa sea catalogada como de alto riesgo y que al mismo tiempo, mantenga trabajadores que despliegan labores alejadas del alto riesgo para la salud, como puede ser el caso de quienes desempeñan cargos administrativos u oficios que no tengan verdaderamente exposición a sustancias para el caso cancerígenas.

Sobre el tema es pertinente traer a colación, lo adocctrinado por la Sala en sentencia de la CSJ SL 10031-2014, 30 jul. 2014, rad. 43436, reiterada en la SL17123-2014, 3 dic. de igual año, rad. 42494, proferidas en procesos análogos seguidos contra las mismas demandadas, en los cuales también se solicitaba la pensión especial de vejez por exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas, y donde se precisó que en estos casos era indispensable demostrar que el trabajador demandante estaba realmente expuesto a tales sustancias, por virtud de las tareas u oficios que éste desempeña, lo cual resulta predicable a la luz del Acuerdo 049 de 1990 art. 15 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable en este asunto por razón de la transición de que trata el Decreto 1281 de 1994 art.8°. Se transcriben tales directrices por lo importante del tema, y al respecto en esa oportunidad se puntualizó:

Aunado a lo anterior, lo cierto es que, tal y como lo señaló el Tribunal, esta Sala de la Corte ha indicado que, para poder ser beneficiario de la pensión especial de vejez, no basta con laborar en una empresa catalogada como de alto riesgo o que maneje sustancias cancerígenas, sino que resulta indispensable demostrar que el trabajador estuvo expuesto realmente a esas sustancias, por razón de las tareas que desempeñaba. Y dicha situación es predicable respecto del artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, así como del artículo 117 del Decreto 2150 de 1995, de manera que la discusión sobre la vigencia de dichas normas resulta inane. En la sentencia CSJ SL3963-2014, se dijo al respecto:

“La norma transcrita enlista a aquellos trabajadores que en virtud del ejercicio de ciertas actividades calificadas, pueden obtener una pensión de vejez especial, encontrándose entre éstas la exposición o manipulación de sustancias cancerígenas, que es la que afirma el actor, ocurrió al laborar en la Empresa Monómeros Colombo Venezolanos S.A.

Al tenor de la disposición legal es inminente que el trabajador debe estar expuesto a las sustancias referidas; esa y no otra es la exégesis que deriva del parágrafo 1°

transcrito en precedencia, que además consagra que para su aplicación debe existir una calificación, por las dependencias de salud ocupacional del ISS, de la actividad que desarrolla la empresa, con la debida investigación sobre los aspectos puntuales allí señalados.

Bajo los anteriores criterios, se analizará el material probatorio con el fin de establecer si el actor realmente estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas, en el desarrollo de sus funciones.

1.- Certificación laboral expedida por Cristalería Peldar S.A., el 15 de noviembre de 2019, donde hace constar que el actor, desempeñó los siguientes cargos:

- **Labores varias materias primas** entre el 02/01/1978 y el 09/08/1978, donde era:

Responsable por realizar todos los oficios que le sean asignados en el área de Materia Primas, tales como: movimientos de piedra, arena, feldespato, dolomita, soda y en general todas las materias primas. Hacer aseo en silos, bodegas, bandas transportadoras. Recibir casco y transportarlo al silo. Controlar la subida de materias primas, ayudar a hacer las mezclas del decolorante y preparados para mezclas, auxiliar a los pesadores, recoger y retirar de los sótanos el casco, lavar piedra, arena y pirita y la ejecución de trabajos sencillos como ayudante de otros o de tareas específicas de aseo, limpieza, movimientos de materiales.

Con qué lo realizó: Con las manos, vehículos automotores, rastrillos.

Sitio donde se realizaba la labor: En el área de Materias Primas.

Materiales y Máquinas en ese lugar: Maquinaria pesada, vehículos automotores y materia prima.

- **Operador equipos materias primas** entre el 10/08/1978 y el 31/03/2008, donde era:

Responsable por la operación del equipo de montacargas para cargue y descargue
Responsable por la operación de conjuntos de equipos de materias primas, tales como pesadoras, cargadores, equipos para el proceso de calizas y feldespatos, equipos de planta de arena, de molienda y mezcladores de materias primas, etc. Su responsabilidad incluye la ejecución de labores necesarias no solo en cuanto a operación en sí se refiere, sino también las de controlar su funcionamiento correcto, hacer chequeos, revisiones, etc., para asegurar una buena calidad en la mezcla y componentes de materias primas en dicho proceso.

Con qué lo realizó: Con las manos, equipos mecanizados, planillas de control de materias primas.

Sitio donde se realizaba la labor: En el área de Materias Primas.

Materiales y Máquinas en ese lugar: Materias primas, cargadores, pesadoras, tamizadoras, mezcladores.

SE indicó que, siempre desempeñó sus labores en una jornada de 8 horas diarias, con descansos rotativos cada semana y con cambios de turno cada 15 días hasta febrero de 2002, y en adelante cada 8 días.

Conforme lo anterior, se tiene que el actor desempeñó sus funciones siempre en el **área de materias primas**, esto es, desde el 02/01/1978 hasta el 31/03/2008.

2.- Certificación expedida por la ARL Liberty Seguros de Vida S.A. (f.º 47-48 archivo 07, carp 1ª inst, exp digital), en la que hace constar que la empresa Cristalería Peldar S.A., está afiliada a esa ARL desde el 01 de mayo de 2015, la cual está clasificada, así: i) centro 1 administrativo, riesgo 1; ii) centro 2 operativo clase III (cerrado), riesgo 3; iii) centro 3 operaciones clase IV (cerrado), riesgo 4; iv) centro 4 operativo clase II (cerrado) riesgo 2; y v) centro 5 operativo clase V, actividad económica fabricación de vidrio y de productos de vidrio, riesgo 5.

3.- Estudio ambiental de polvo, de febrero de 1988, realizado por el Instituto de Seguros Social (f.º 114-116 archivo 01, carp 1ª inst, exp digital), en donde se indica que los análisis efectuados a las muestras tomadas *«superan los valores límites permisibles corregidos con un grado de riesgo comprendido entre 4.19 y 7.80»*, y con fundamento en ese diagnóstico se señaló que *«la empresa debe controlar este riesgo, disminuyendo las concentraciones ambientales de polvo y partículas por debajo de los límites permisibles recomendados»*; no obstante lo anterior, en este no se indicó en qué áreas de la planta se tomaron las muestras, es decir, se desconoce si se incluyó el área de materias primas que era donde laboraba el demandante, pero sí se dieron recomendaciones para disminuir los riesgos a los cuales se veían expuestos sus trabajadores, específicamente los de la planta de Cogua.

4.- Estudio de polvo, ruido y temperaturas, de septiembre de 1992, realizado por el Instituto de Higiene, ambiente y salud (f.º 150-164 archivo 01, carp 1ª inst, exp digital) concluyó que: **i)** *«todo el personal que labora en la planta térmica, molinos, **materias primas** y planta de arena, están expuestos a concentraciones de polvos silíceos. Sin embargo, la exposición real diaria no es de 8 horas, esto se reduce significativamente en algunos casos a menos de la mitad de la jornada»*; **ii)** *«dado el alto contenido de sílice libre de los materiales que se manejan en los procesos de **materias primas**, trituración de caliza, planta de arena, alimentación de hornos, existe el riesgo de que el personal que labora en estos sitios pueda contraer una silicosis de tipo profesional»*; **iii)** *la generación de altas concentraciones de polvo se debe principalmente a los múltiples escapes en elevadores, ductos, **bandas transportadoras en el área de materias primas, molinos y planta de arena (...)**, por lo que recomendó, entre otras medidas, revisar y corregir los mencionados escapes de polvo que se presentan entre otras en el área de materias primas, realizar controles médicos periódicos a todos los trabajadores expuestos cada 2 años, suministrar a todo el personal expuesto respirador para polvos sílices, cambiarlos oportunamente y controlar su uso.*

5.- Estudio polvos totales y respirables, de diciembre de 1994 elaborado por el Instituto de Higiene Ambiental y Salud Ltda. (f.º 117-148 archivo 01, carp 1ª inst, exp digital), encontró que: *i)* el valor del sílice hallado en los polvos analizados está por encima del valor permitido del 2.0%; *ii)* en materias primas envases el riesgo calculado es alto; *iii)* en recepción materias primas vidrio plano la contaminación por polvos es general en todo el ambiente; y *iv)* los sitios donde se descarga materias primas tanto de envase como de vidrio plano son lugares de alta concentración de polvos, que exponen a contaminación de quienes trabajan en esa área y de los empleados que deben transitar la misma; entre otros. El anterior estudio tomó varias muestras en el área de materias primas.

Por lo anterior, recomendó, entre otras medidas, en materias primas envase mejorar la iluminación y dotarse de un sistema de extracción cero a la balanza, poner tapa hermética con cierres de seguridad al tambor de mezclas para evitar la emisión de partículas al ambiente, en la recepción de materias primas envase y vidrio plano lograr que en las bodegas el confinamiento y evitar el escape de polvos hacia el exterior, dar a conocer dicho estudio a los trabajadores explicándoles los peligros a los que están sometidos, debido a que la concentración de polvos silíceos en el aire que respiran superan los valores límites permisibles, practicar exámenes médicos ocupacionales radiografía de tórax y espirometría a todos los operadores y ayudantes de las secciones evaluadas, exigir el uso permanente del sistema de protección respiratoria a los ayudantes y operadores.

6.- Informe de evaluaciones ambientales de material particulado, de diciembre de 1996, elaborado por SURATED (f.º 165-171 archivo 01, carp 1ª inst, exp digital), el cual se aportó de forma incompleta, allí se relacionó como área evaluada la de materias primas, no obstante, no se allegaron los hallazgos o resultados de dicho estudio.

Sumado a lo anterior, se recibió el testimonio de los señores Armando Nieto Carrillo y Álvaro Suarez Prada. El primero de ellos informó que el actor había ingresado a la empresa en enero de 1978, como ayudante en el área de materias primas; que daba fe de ello porque también trabajó en esa área hasta 2001, cuando salió pensionado; que el proceso de materias primas era, el descargue en tolvas, se subía por una banda a los elevadores hasta llegar a un carrito giratorio que alimentaba unos silos que tenían una profundidad de 10 metros; que posteriormente pasaron al demandante a ayudante de pesadora, allí el hacía preparaciones menores de manera

manual, las ponía en cajones para subir al segundo piso, y luego a operador, en este último cargo era el encargado de la mezcladora la cual también levantaba mucho polvo; que con el paso de más o menos 10 años se adaptó un elevador pequeño para que subiera la mezcla a la mezcladora; que en esa área no habían recolectores de polvo, ni extractores, que la única protección que la empresa daba era una bayetilla roja para cubrirse la boca; que aproximadamente a los 2 años empezaron a darles tapabocas y overoles pero en el tiempo que él laboró no les dieron más elementos de protección; que antes de entregar el turno el señor Sánchez debía dejar el área limpia para lo cual sopleteaba lo que levantaba bastante polvo.

Por su parte, el segundo testigo indicó que, conoce al actor desde 1980, cuando el declarante ingresó a Cristalería Peldar S.A. donde permaneció hasta 2009; que el demandante era ayudante en el área de materias primas y fue quien le enseñó a manejar los equipos de esa área; que como estaban en la descarga de la materia prima debían manejar todos los equipos y hacerles aseo, porque lo que se regaba debían recogerlo con rastrillo, barrerlo y después soplearlo; que cada vez que se recibía material se tenía que hacer aseo; que posteriormente el actor paso a operador de equipos en la pesadora donde debía hacer las mezclas menores para la formación del vidrio, ponerla en unos cajones para la mezcladora; que cuando él ingresó la empresa solo daba una bayetilla, posteriormente después de unos estudios les dieron una mascarilla, guantes y casco; que la bodega era encerrada y con el tiempo quitaron una pared y pusieron un extractor de polvo pero *«eso siguió casi así, no era mucho lo que captaba»*.

En ese orden, del análisis conjunto de los referidos medios de convicción se extrae que el actor estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas durante su relación laboral con Cristalería Peldar S.A., pues dicha empresa certificó que entre 02/01/1978 y el 31/03/2008, laboró en el área de materias primas, respecto de la cual se realizó varios estudios en los cuales se concluyó que en dicha área los trabajadores estaban expuestos a altas concentraciones de polvos sílices, lo que implicaba el desarrollo de una actividad de alto riesgo para su salud, pues estuvo expuesto de forma permanente durante ese lapso a dichas partículas, las que son comprobadamente cancerígenas, pues desde los primeros estudios se recomendó controlar ese riesgo, disminuyendo las concentraciones ambientales de polvo y partículas por debajo de los límites permisibles recomendados, realizando exámenes médicos periódicos a los trabajadores, suministrando mascarillas respirables para polvos sílices, entre otros. Adicionalmente, de los testimonios recaudados se tiene que el actor siempre estuvo expuesto a dicho riesgo, pues hasta el 2008, laboró en la

misma área, y pese a que se le hubiese suministrado elementos de protección, ello de ninguna manera implica que el riesgo hubiese desaparecido.

Ahora bien, frente a las normas llamadas a aplicar para resolver la controversia, se tiene que el Decreto 2090 de 2003 «*Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades*», en sus artículos 1° y 6° señaló:

Artículo 1. Definición y campo de aplicación. El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.

Artículo 6. Régimen de transición. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

Parágrafo. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003. (texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-1056-2003).

En este orden, lo primero que debemos verificar es si el actor a la entrada en vigor del Decreto 2090 de 2003, el 28/07/2023 acredita 500 semanas de cotización en actividades en alto riesgo, requisito que se encontraba cumplido con creces como quiera que a esa data llevaba más de 25 años al servicio del empleador Cristalería Peldar S.A., por lo que se verificará las condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

La norma anterior era el Decreto 1281 de 1994, el cual en su artículo 8° señalaba:

ARTÍCULO 8o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PARA ACCEDER A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ. La edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia este decreto tenga treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

El ingreso base para liquidar la pensión especial de vejez referida en el inciso anterior a quienes les faltase menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuese superior, actualizado anualmente con base en la variación del

Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida al DANE.

Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia del presente decreto, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio delo devengado en los dos (2) últimos años.

Este régimen de transición no será aplicable cuando el afiliado se acoja voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida, entendido como tal el administrado por el ISS, o cualesquiera otra Caja o Fondo Previsional público o privado.

Así las cosas, esta norma también estableció un régimen de transición para quienes, siendo hombre como es el caso del demandante, tuviesen a la entrada en vigencia del mismo el 22 de junio de 1994, 40 años de edad o 15 o más años de servicios cotizados, por lo que se procede a verificar si se cumplen estos requisitos:

- Nació el 18 de abril de 1950, por ende al 22/06/1994, contaba con 44 años de edad.
- Al 22/06/1994 contaba con 913,12 semanas, que equivalen a 17 años, y 9 meses.

Cabe aquí traer a colación, lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1225-2021, en la que reiteró la CSJ SL1353-2019, en la que fijó su posición jurisprudencial frente al alcance del régimen de transición previsto en el artículo 6º del Decreto 2090/03, precisando:

Hay que tener en cuenta que el Decreto 2090 de 2003 estableció en su artículo 6.º, inciso 1.º un régimen de transición con miras a garantizar las expectativas legítimas de quienes se hallaban próximos a consolidar el derecho prestacional, a quienes les permitiría preservar la posibilidad de pensionarse bajo la égida del Decreto 1281 de 1994. Así lo prevé el artículo en cita:

Artículo 6.º. Régimen de transición. *Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.*

Parágrafo. *Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003. (texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-1056-2003).*

Esta Sala en sentencia CSJ SL1353-2019, reiterada en CSJ SL999-2020 y CSJ SL042-2021, precisó el alcance de la anterior disposición y señaló que para hacerse a dicha transición se debe acreditar el requisito señalado en el primer

inciso, esto es, las 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo a 28 de julio de 2003, sin que sea necesario, adicionalmente, el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cuanto «las exigencias adicionales del parágrafo del artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003, son desproporcionadas y contrarias a la finalidad del régimen especial y transitorio para acceder a la pensión de vejez».

Así entonces, se advierte que el actor cumple las condiciones de la transición prevista en el Decreto 2090 de 2003, dado que a 28 de julio de 2003 superaba las 753.43 semanas, en su mayoría cotizadas con actividades de alto riesgo. Además, cumplió con el mínimo de aportes exigido en el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, dado que para el año 2012, en el cual cumplió 55 años -edad pensional del Decreto 1281 de 1994- ya superaba las 1.225 semanas, según se advierte en su historia laboral. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

De conformidad con este criterio jurisprudencial, resulta evidente entonces, que el promotor del litigio también cumplía con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 8º del Decreto 1281 de 1994, por lo que su prestación debía estudiarse a la luz del régimen anterior al cual se encontraba afiliado, que no es otro que el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, que establecía:

ARTÍCULO 15. PENSIONES DE VEJEZ ESPECIALES. La edad para el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que a continuación se relacionan, se disminuirán en un (1) año por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad:

- a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea;
- b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas;
- c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes y,
- d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas.

PARÁGRAFO 1. Para la aplicación de este artículo, las dependencias de salud ocupacional del ISS calificarán, en cada caso, la actividad desarrollada previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición.

PARÁGRAFO 2. La Dirección General del Instituto mediante resolución motivada podrá ampliar y actualizar las causas que originan pensiones de vejez especiales, previo concepto técnico de la Subdirección de Servicios de Salud o a través de la División de Salud Ocupacional.

Tal y como ya se indicó, en el presente caso está probado que el actor ejecutó actividades de alto riesgo mientras laboró para el empleador Cristalería Peldar S.A., esto es, entre el 02 de enero de 1978 y el 31 de marzo de 2008.

Entonces, el actor aportó al ISS hoy Colpensiones 1.718,39 semanas entre el 13/01/1973 y el 30/04/2010, de las cuales 1.557,27 fueron con el empleador Cristalería

Peldar S.A., quien NO realizó aportes adicionales para pensión especial o de alto riesgo.

En este punto se aclara que pese a que no se registra en la historia laboral que Cristalería Peldar S.A., hubiese realizado las cotizaciones especiales, esta obligación surgió para los empleadores con la expedición del Decreto 1281 de 1994 -23 de junio de 1994-, pues *«antes de esa fecha no era exigible el aporte adicional; inclusive para efectos de que procediera el reconocimiento de la pensión especial de vejez, como mecanismo, se establecía un concepto técnico científico de medicina ocupacional que evidenciara que se estaba expuesto a dichas circunstancias»* (CSJ SL1342-2018), y que las cotizaciones adicionales causadas desde dicha fecha, es una cuestión administrativa entre Colpensiones y el empleador, la cual no puede afectar el derecho pensional del afiliado, por ende la entidad de seguridad social está en libertad de ejercer las acciones que considere necesarias para su recaudo.

Así, dado que el actor es beneficiario del régimen de transición, este para la pensión de vejez ordinaria debería acreditar conforme el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, deben verificarse los siguientes supuestos fácticos: *i)* Sesenta (60) o más años de edad si se es hombre; y *ii)* un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Entonces, conforme las semanas acreditadas por el actor como de alto riesgo se tiene que:

Semanas mínimas pensión ordinaria	Semanas con cotización especial	Reducción de edad
1.000	750	60
	800	59
	850	58
	900	57
	950	56
	1.000	55
	1.050	54
	1.100	53
	1.150	52
	1.200	51
	1.250	50

Por lo tanto, surge con certeza que el actor llegó a la edad de 50 años el **18 de abril de 2000**, y acreditó 1.250 semanas laboradas en actividades de alto riesgo al 30 de junio de 1997, por lo que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión

especial de vejez por exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas desde la data en que acreditó 50 años de edad.

En lo que tiene que ver con la fecha de disfrute de dicha prestación a efectos de establecer el retroactivo pensional, se tiene que el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, señala: *«La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo»*, y el artículo 35 del mismo reglamento dispone que *«Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión»*.

En el *sub lite*, conforme la historia laboral de Colpensiones el actor realizó aportes hasta el 18 de abril de 2010, cuando reportó novedad de retiro, acumulando un total de **1.718,39**, siendo esa su última cotización, luego el demandante tiene derecho a empezar a disfrutar su pensión especial de vejez por exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas a partir del **19 de abril de 2010**.

En cuanto a la tasa de reemplazo de la prestación, dado que el actor es beneficiario del régimen de transición y que su prestación pensional se reconoció conforme el Acuerdo 049 de 1990, se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 20 del mencionado acuerdo, el cual en su parágrafo 2°, establecía:

PARÁGRAFO 2o. La integración de la pensión de vejez o de invalidez de que trata este artículo, se sujetará a la siguiente tabla:

NUMERO SEMANAS	% INV. P.TOTAL	% INV.P. ABSOLUTA	% GRAN INV.	VEJEZ
500	45	51	57	45
550	48	54	60	48
600	51	57	63	51
650	54	60	66	54
700	57	63	69	57
750	60	66	72	60
800	63	69	75	63
850	66	72	78	66
900	69	75	81	69
950	72	78	84	72
1.000	75	81	87	75
1.050	78	84	90	78
1.100	81	87	90	81
1.150	84	90	90	84
1.200	87	90	90	87
1.250 o más	90	90	90	90

Así partiendo de que la prestación del actor se reconoció con 1.250 semanas cotizadas, es evidente que su tasa de reemplazo debió ser del 90%.

Ahora frente a la conformación del IBL, teniendo en cuenta que al actor le hacían falta menos de 10 años contados a partir de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, para estructurar su derecho, le resulta aplicable la regla contenida en el artículo 36 de esta normativa, según la cual este debe integrarse con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, por lo que esta Sala realizó los cálculos teniendo en cuenta ambos panoramas, así:

Año	Fecha inicial	Fecha final	Días	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Salario	Salario Actualizado	Salario por días
1973	13/01/1973	26/01/1973	14	0,16	71,20	445,00	\$ 660,00	\$293.700,00	\$4.111.800,00
1973	08/03/1973	31/03/1973	24	0,16	71,20	445,00	\$ 660,00	\$293.700,00	\$7.048.800,00
1973	01/04/1973	30/04/1973	30	0,16	71,20	445,00	\$ 660,00	\$293.700,00	\$8.811.000,00
1973	29/05/1973	31/05/1973	3	0,16	71,20	445,00	\$ 660,00	\$293.700,00	\$881.100,00
1973	01/06/1973	30/06/1973	30	0,16	71,20	445,00	\$ 660,00	\$293.700,00	\$8.811.000,00
1973	01/07/1973	31/07/1973	31	0,16	71,20	445,00	\$ 660,00	\$293.700,00	\$9.104.700,00
1973	01/08/1973	31/08/1973	31	0,16	71,20	445,00	\$ 660,00	\$293.700,00	\$9.104.700,00
1973	01/09/1973	30/09/1973	30	0,16	71,20	445,00	\$ 660,00	\$293.700,00	\$8.811.000,00
1973	03/10/1973	03/10/1973	1	0,16	71,20	445,00	\$ 660,00	\$293.700,00	\$293.700,00
1977	01/04/1977	30/04/1977	30	0,36	71,20	197,78	\$ 1.770,00	\$350.070,60	\$10.502.118,00
1977	01/05/1977	31/05/1977	31	0,36	71,20	197,78	\$ 1.770,00	\$350.070,60	\$10.852.188,60
1977	01/06/1977	30/06/1977	30	0,36	71,20	197,78	\$ 1.770,00	\$350.070,60	\$10.502.118,00
1977	01/07/1977	31/07/1977	31	0,36	71,20	197,78	\$ 1.770,00	\$350.070,60	\$10.852.188,60
1977	01/08/1977	31/08/1977	31	0,36	71,20	197,78	\$ 1.770,00	\$350.070,60	\$10.852.188,60
1977	01/09/1977	30/09/1977	30	0,36	71,20	197,78	\$ 1.770,00	\$350.070,60	\$10.502.118,00
1978	02/01/1978	31/01/1978	30	0,47	71,20	151,49	\$ 2.430,00	\$368.120,70	\$11.043.621,00
1978	01/02/1978	28/02/1978	28	0,47	71,20	151,49	\$ 2.430,00	\$368.120,70	\$10.307.379,60
1978	01/03/1978	31/03/1978	31	0,47	71,20	151,49	\$ 2.430,00	\$368.120,70	\$11.411.741,70
1978	01/04/1978	30/04/1978	30	0,47	71,20	151,49	\$ 5.790,00	\$877.127,10	\$26.313.813,00
1978	01/05/1978	31/05/1978	31	0,47	71,20	151,49	\$ 5.790,00	\$877.127,10	\$27.190.940,10
1978	01/06/1978	30/06/1978	30	0,47	71,20	151,49	\$ 5.790,00	\$877.127,10	\$26.313.813,00
1978	01/07/1978	31/07/1978	31	0,47	71,20	151,49	\$ 5.790,00	\$877.127,10	\$27.190.940,10
1978	01/08/1978	31/08/1978	31	0,47	71,20	151,49	\$ 5.790,00	\$877.127,10	\$27.190.940,10
1978	01/09/1978	30/09/1978	30	0,47	71,20	151,49	\$ 5.790,00	\$877.127,10	\$26.313.813,00
1978	01/10/1978	31/10/1978	31	0,47	71,20	151,49	\$ 5.790,00	\$877.127,10	\$27.190.940,10
1978	01/11/1978	30/11/1978	30	0,47	71,20	151,49	\$ 5.790,00	\$877.127,10	\$26.313.813,00
1978	01/12/1978	31/12/1978	31	0,47	71,20	151,49	\$ 7.470,00	\$1.131.630,30	\$35.080.539,30
1979	01/01/1979	31/01/1979	31	0,56	71,20	127,14	\$ 7.470,00	\$949.735,80	\$29.441.809,80
1979	01/02/1979	28/02/1979	28	0,56	71,20	127,14	\$ 7.470,00	\$949.735,80	\$26.592.602,40
1979	01/03/1979	31/03/1979	31	0,56	71,20	127,14	\$ 7.470,00	\$949.735,80	\$29.441.809,80
1979	01/04/1979	30/04/1979	30	0,56	71,20	127,14	\$ 7.470,00	\$949.735,80	\$28.492.074,00
1979	01/05/1979	31/05/1979	31	0,56	71,20	127,14	\$ 7.470,00	\$949.735,80	\$29.441.809,80
1979	01/06/1979	30/06/1979	30	0,56	71,20	127,14	\$ 11.850,00	\$1.506.609,00	\$45.198.270,00
1979	01/07/1979	31/07/1979	31	0,56	71,20	127,14	\$ 11.850,00	\$1.506.609,00	\$46.704.879,00
1979	01/08/1979	31/08/1979	31	0,56	71,20	127,14	\$ 11.850,00	\$1.506.609,00	\$46.704.879,00
1979	01/09/1979	30/09/1979	30	0,56	71,20	127,14	\$ 5.790,00	\$736.140,60	\$22.084.218,00
1979	01/10/1979	31/10/1979	31	0,56	71,20	127,14	\$ 9.480,00	\$1.205.287,20	\$37.363.903,20
1979	01/11/1979	30/11/1979	30	0,56	71,20	127,14	\$ 11.850,00	\$1.506.609,00	\$45.198.270,00
1979	01/12/1979	31/12/1979	31	0,56	71,20	127,14	\$ 11.850,00	\$1.506.609,00	\$46.704.879,00
1980	01/01/1980	31/01/1980	31	0,72	71,20	98,89	\$ 11.850,00	\$1.171.846,50	\$36.327.241,50
1980	01/02/1980	29/02/1980	29	0,72	71,20	98,89	\$ 11.850,00	\$1.171.846,50	\$33.983.548,50
1980	01/03/1980	31/03/1980	31	0,72	71,20	98,89	\$ 11.850,00	\$1.171.846,50	\$36.327.241,50
1980	01/04/1980	30/04/1980	30	0,72	71,20	98,89	\$ 14.610,00	\$1.444.782,90	\$43.343.487,00
1980	02/05/1980	31/05/1980	30	0,72	71,20	98,89	\$ 14.610,00	\$1.444.782,90	\$43.343.487,00
1980	01/06/1980	30/06/1980	30	0,72	71,20	98,89	\$ 9.480,00	\$937.477,20	\$28.124.316,00
1980	01/07/1980	31/07/1980	31	0,72	71,20	98,89	\$ 14.610,00	\$1.444.782,90	\$44.788.269,90
1980	01/08/1980	31/08/1980	31	0,72	71,20	98,89	\$ 14.610,00	\$1.444.782,90	\$44.788.269,90
1980	01/09/1980	30/09/1980	30	0,72	71,20	98,89	\$ 14.610,00	\$1.444.782,90	\$43.343.487,00
1980	01/10/1980	31/10/1980	31	0,72	71,20	98,89	\$ 9.480,00	\$937.477,20	\$29.061.793,20
1980	01/11/1980	30/11/1980	30	0,72	71,20	98,89	\$ 14.610,00	\$1.444.782,90	\$43.343.487,00
1980	01/12/1980	31/12/1980	31	0,72	71,20	98,89	\$ 14.610,00	\$1.444.782,90	\$44.788.269,90
1981	01/01/1981	31/01/1981	31	0,9	71,20	79,11	\$ 14.610,00	\$1.155.797,10	\$35.829.710,10
1981	01/02/1981	28/02/1981	28	0,9	71,20	79,11	\$ 14.610,00	\$1.155.797,10	\$32.362.318,80
1981	01/03/1981	31/03/1981	31	0,9	71,20	79,11	\$ 14.610,00	\$1.155.797,10	\$35.829.710,10
1981	01/04/1981	30/04/1981	30	0,9	71,20	79,11	\$ 14.610,00	\$1.155.797,10	\$34.673.913,00
1981	01/05/1981	31/05/1981	31	0,9	71,20	79,11	\$ 14.610,00	\$1.155.797,10	\$35.829.710,10
1981	01/06/1981	30/06/1981	30	0,9	71,20	79,11	\$ 14.610,00	\$1.155.797,10	\$34.673.913,00
1981	01/07/1981	31/07/1981	31	0,9	71,20	79,11	\$ 17.790,00	\$1.407.366,90	\$43.628.373,90
1981	01/08/1981	31/08/1981	31	0,9	71,20	79,11	\$ 17.790,00	\$1.407.366,90	\$43.628.373,90
1981	01/09/1981	30/09/1981	30	0,9	71,20	79,11	\$ 17.790,00	\$1.407.366,90	\$42.221.007,00
1981	01/10/1981	31/10/1981	31	0,9	71,20	79,11	\$ 17.790,00	\$1.407.366,90	\$43.628.373,90
1981	01/11/1981	30/11/1981	30	0,9	71,20	79,11	\$ 17.790,00	\$1.407.366,90	\$42.221.007,00
1981	01/12/1981	31/12/1981	31	0,9	71,20	79,11	\$ 17.790,00	\$1.407.366,90	\$43.628.373,90
1981	01/01/1982	31/01/1982	31	0,9	71,20	79,11	\$ 17.790,00	\$1.407.366,90	\$43.628.373,90

1982	01/02/1982	28/02/1982	28	1,14	71,20	62,46	\$ 17.790,00	\$1.111.163,40	\$31.112.575,20
1982	01/03/1982	31/03/1982	31	1,14	71,20	62,46	\$ 17.790,00	\$1.111.163,40	\$34.446.065,40
1982	01/04/1982	30/04/1982	30	1,14	71,20	62,46	\$ 17.790,00	\$1.111.163,40	\$33.334.902,00
1982	01/05/1982	31/05/1982	31	1,14	71,20	62,46	\$ 17.790,00	\$1.111.163,40	\$34.446.065,40
1982	01/06/1982	30/06/1982	30	1,14	71,20	62,46	\$ 17.790,00	\$1.111.163,40	\$33.334.902,00
1982	01/07/1982	31/07/1982	31	1,14	71,20	62,46	\$ 25.530,00	\$1.594.603,80	\$49.432.717,80
1982	01/08/1982	31/08/1982	31	1,14	71,20	62,46	\$ 25.530,00	\$1.594.603,80	\$49.432.717,80
1982	01/09/1982	30/09/1982	30	1,14	71,20	62,46	\$ 25.530,00	\$1.594.603,80	\$47.838.114,00
1982	01/10/1982	31/10/1982	31	1,14	71,20	62,46	\$ 25.530,00	\$1.594.603,80	\$49.432.717,80
1982	01/11/1982	30/11/1982	30	1,14	71,20	62,46	\$ 25.530,00	\$1.594.603,80	\$47.838.114,00
1982	01/12/1982	31/12/1982	31	1,14	71,20	62,46	\$ 25.530,00	\$1.594.603,80	\$49.432.717,80
1983	01/01/1983	31/01/1983	31	1,41	71,20	50,50	\$ 25.530,00	\$1.289.265,00	\$39.967.215,00
1983	01/02/1983	28/02/1983	28	1,41	71,20	50,50	\$ 25.530,00	\$1.289.265,00	\$36.099.420,00
1983	01/03/1983	31/03/1983	31	1,41	71,20	50,50	\$ 25.530,00	\$1.289.265,00	\$39.967.215,00
1983	01/04/1983	30/04/1983	30	1,41	71,20	50,50	\$ 25.530,00	\$1.289.265,00	\$38.677.950,00
1983	01/05/1983	31/05/1983	31	1,41	71,20	50,50	\$ 25.530,00	\$1.289.265,00	\$39.967.215,00
1983	01/06/1983	30/06/1983	30	1,41	71,20	50,50	\$ 25.530,00	\$1.289.265,00	\$38.677.950,00
1983	01/07/1983	31/07/1983	31	1,41	71,20	50,50	\$ 30.150,00	\$1.522.575,00	\$47.199.825,00
1983	01/08/1983	31/08/1983	31	1,41	71,20	50,50	\$ 21.420,00	\$1.081.710,00	\$33.533.010,00
1983	01/09/1983	30/09/1983	30	1,41	71,20	50,50	\$ 21.420,00	\$1.081.710,00	\$32.451.300,00
1983	01/10/1983	31/10/1983	31	1,41	71,20	50,50	\$ 21.420,00	\$1.081.710,00	\$33.533.010,00
1983	01/11/1983	30/11/1983	30	1,41	71,20	50,50	\$ 21.420,00	\$1.081.710,00	\$32.451.300,00
1983	01/12/1983	31/12/1983	31	1,41	71,20	50,50	\$ 21.420,00	\$1.081.710,00	\$33.533.010,00
1984	01/01/1984	31/01/1984	31	1,65	71,20	43,15	\$ 39.310,00	\$1.696.226,50	\$52.583.021,50
1984	01/02/1984	29/02/1984	29	1,65	71,20	43,15	\$ 39.310,00	\$1.696.226,50	\$49.190.568,50
1984	01/03/1984	31/03/1984	31	1,65	71,20	43,15	\$ 39.310,00	\$1.696.226,50	\$52.583.021,50
1984	01/04/1984	30/04/1984	30	1,65	71,20	43,15	\$ 39.310,00	\$1.696.226,50	\$50.886.795,00
1984	01/05/1984	31/05/1984	31	1,65	71,20	43,15	\$ 39.310,00	\$1.696.226,50	\$52.583.021,50
1984	01/06/1984	30/06/1984	30	1,65	71,20	43,15	\$ 39.310,00	\$1.696.226,50	\$50.886.795,00
1984	01/07/1984	31/07/1984	31	1,65	71,20	43,15	\$ 39.310,00	\$1.696.226,50	\$52.583.021,50
1984	01/08/1984	31/08/1984	31	1,65	71,20	43,15	\$ 39.310,00	\$1.696.226,50	\$52.583.021,50
1984	01/09/1984	30/09/1984	30	1,65	71,20	43,15	\$ 39.310,00	\$1.696.226,50	\$50.886.795,00
1984	01/10/1984	31/10/1984	31	1,65	71,20	43,15	\$ 39.310,00	\$1.696.226,50	\$52.583.021,50
1984	01/11/1984	30/11/1984	30	1,65	71,20	43,15	\$ 39.310,00	\$1.696.226,50	\$50.886.795,00
1984	01/12/1984	31/12/1984	31	1,65	71,20	43,15	\$ 39.310,00	\$1.696.226,50	\$52.583.021,50
1985	01/01/1985	31/01/1985	31	1,95	71,20	36,51	\$ 54.630,00	\$1.994.541,30	\$61.830.780,30
1985	01/02/1985	28/02/1985	28	1,95	71,20	36,51	\$ 54.630,00	\$1.994.541,30	\$55.847.156,40
1985	01/03/1985	31/03/1985	31	1,95	71,20	36,51	\$ 54.630,00	\$1.994.541,30	\$61.830.780,30
1985	01/04/1985	30/04/1985	30	1,95	71,20	36,51	\$ 54.630,00	\$1.994.541,30	\$59.836.239,00
1985	01/05/1985	31/05/1985	31	1,95	71,20	36,51	\$ 54.630,00	\$1.994.541,30	\$61.830.780,30
1985	01/06/1985	30/06/1985	30	1,95	71,20	36,51	\$ 54.630,00	\$1.994.541,30	\$59.836.239,00
1985	01/07/1985	31/07/1985	31	1,95	71,20	36,51	\$ 54.630,00	\$1.994.541,30	\$61.830.780,30
1985	01/08/1985	31/08/1985	31	1,95	71,20	36,51	\$ 54.630,00	\$1.994.541,30	\$61.830.780,30
1985	01/09/1985	30/09/1985	30	1,95	71,20	36,51	\$ 54.630,00	\$1.994.541,30	\$59.836.239,00
1985	01/10/1985	31/10/1985	31	1,95	71,20	36,51	\$ 54.630,00	\$1.994.541,30	\$61.830.780,30
1985	01/11/1985	30/11/1985	30	1,95	71,20	36,51	\$ 54.630,00	\$1.994.541,30	\$59.836.239,00
1985	01/12/1985	31/12/1985	31	1,95	71,20	36,51	\$ 54.630,00	\$1.994.541,30	\$61.830.780,30
1986	01/01/1986	31/01/1986	31	2,38	71,20	29,92	\$ 54.630,00	\$1.634.529,60	\$50.670.417,60
1986	01/02/1986	28/02/1986	28	2,38	71,20	29,92	\$ 54.630,00	\$1.634.529,60	\$45.766.828,80
1986	01/03/1986	31/03/1986	31	2,38	71,20	29,92	\$ 54.630,00	\$1.634.529,60	\$50.670.417,60
1986	01/04/1986	30/04/1986	30	2,38	71,20	29,92	\$ 54.630,00	\$1.634.529,60	\$49.035.888,00
1986	01/05/1986	31/05/1986	31	2,38	71,20	29,92	\$ 61.950,00	\$1.853.544,00	\$57.459.864,00
1986	01/06/1986	30/06/1986	30	2,38	71,20	29,92	\$ 61.950,00	\$1.853.544,00	\$55.606.320,00
1986	01/07/1986	31/07/1986	31	2,38	71,20	29,92	\$ 61.950,00	\$1.853.544,00	\$57.459.864,00
1986	01/08/1986	31/08/1986	31	2,38	71,20	29,92	\$ 61.950,00	\$1.853.544,00	\$57.459.864,00
1986	01/09/1986	30/09/1986	30	2,38	71,20	29,92	\$ 61.950,00	\$1.853.544,00	\$55.606.320,00
1986	01/10/1986	31/10/1986	31	2,38	71,20	29,92	\$ 61.950,00	\$1.853.544,00	\$57.459.864,00
1986	01/11/1986	30/11/1986	30	2,38	71,20	29,92	\$ 61.950,00	\$1.853.544,00	\$55.606.320,00
1986	01/12/1986	31/12/1986	31	2,38	71,20	29,92	\$ 61.950,00	\$1.853.544,00	\$57.459.864,00
1987	01/01/1987	31/01/1987	31	2,88	71,20	24,72	\$ 79.290,00	\$1.960.048,80	\$60.761.512,80
1987	01/02/1987	28/02/1987	28	2,88	71,20	24,72	\$ 79.290,00	\$1.960.048,80	\$54.881.366,40
1987	01/03/1987	31/03/1987	31	2,88	71,20	24,72	\$ 70.260,00	\$1.736.827,20	\$53.841.643,20
1987	01/04/1987	30/04/1987	30	2,88	71,20	24,72	\$ 70.260,00	\$1.736.827,20	\$52.104.816,00
1987	01/05/1987	31/05/1987	31	2,88	71,20	24,72	\$ 79.290,00	\$1.960.048,80	\$60.761.512,80
1987	01/06/1987	30/06/1987	30	2,88	71,20	24,72	\$ 79.290,00	\$1.960.048,80	\$58.801.464,00
1987	01/07/1987	31/07/1987	31	2,88	71,20	24,72	\$ 79.290,00	\$1.960.048,80	\$60.761.512,80
1987	01/08/1987	31/08/1987	31	2,88	71,20	24,72	\$ 79.290,00	\$1.960.048,80	\$60.761.512,80
1987	01/09/1987	30/09/1987	30	2,88	71,20	24,72	\$ 79.290,00	\$1.960.048,80	\$58.801.464,00
1987	01/10/1987	31/10/1987	31	2,88	71,20	24,72	\$ 79.290,00	\$1.960.048,80	\$60.761.512,80
1987	01/11/1987	30/11/1987	30	2,88	71,20	24,72	\$ 70.260,00	\$1.736.827,20	\$52.104.816,00
1987	01/12/1987	31/12/1987	31	2,88	71,20	24,72	\$ 70.260,00	\$1.736.827,20	\$53.841.643,20
1988	01/01/1988	31/01/1988	31	3,58	71,20	19,89	\$ 70.260,00	\$1.397.471,40	\$43.321.613,40
1988	01/02/1988	29/02/1988	29	3,58	71,20	19,89	\$ 70.260,00	\$1.397.471,40	\$40.526.670,60
1988	01/03/1988	31/03/1988	31	3,58	71,20	19,89	\$ 70.260,00	\$1.397.471,40	\$43.321.613,40
1988	01/04/1988	30/04/1988	30	3,58	71,20	19,89	\$ 70.260,00	\$1.397.471,40	\$41.924.142,00
1988	01/05/1988	31/05/1988	31	3,58	71,20	19,89	\$ 70.260,00	\$1.397.471,40	\$43.321.613,40
1988	01/06/1988	30/06/1988	30	3,58	71,20	19,89	\$ 70.260,00	\$1.397.471,40	\$41.924.142,00
1988	01/07/1988	31/07/1988	31	3,58	71,20	19,89	\$ 99.360,00	\$1.976.270,40	\$61.264.382,40
1988	01/08/1988	31/08/1988	31	3,58	71,20	19,89	\$ 99.360,00	\$1.976.270,40	\$61.264.382,40
1988	01/09/1988	30/09/1988	30	3,58	71,20	19,89	\$ 89.070,00	\$1.771.602,30	\$53.148.069,00
1988	01/10/1988	31/10/1988	31	3,58	71,20	19,89	\$ 89.070,00	\$1.771.602,30	\$54.919.671,30
1988	01/11/1988	30/11/1988	30	3,58	71,20	19,89	\$ 89.070,00	\$1.771.602,30	\$53.148.069,00
1988	01/12/1988	31/12/1988	31	3,58	71,20	19,89	\$ 89.070,00	\$1.771.602,30	\$54.919.671,30

1989	01/01/1989	31/01/1989	31	4,58	71,20	15,55	\$ 123.210,00	\$1.915.915,50	\$59.393.380,50
1989	01/02/1989	28/02/1989	28	4,58	71,20	15,55	\$ 123.210,00	\$1.915.915,50	\$53.645.634,00
1989	01/03/1989	31/03/1989	31	4,58	71,20	15,55	\$ 123.210,00	\$1.915.915,50	\$59.393.380,50
1989	01/04/1989	30/04/1989	30	4,58	71,20	15,55	\$ 123.210,00	\$1.915.915,50	\$57.477.465,00
1989	01/05/1989	31/05/1989	31	4,58	71,20	15,55	\$ 123.210,00	\$1.915.915,50	\$59.393.380,50
1989	01/06/1989	30/06/1989	30	4,58	71,20	15,55	\$ 123.210,00	\$1.915.915,50	\$57.477.465,00
1989	01/07/1989	31/07/1989	31	4,58	71,20	15,55	\$ 123.210,00	\$1.915.915,50	\$59.393.380,50
1989	01/08/1989	31/08/1989	31	4,58	71,20	15,55	\$ 123.210,00	\$1.915.915,50	\$59.393.380,50
1989	01/09/1989	30/09/1989	30	4,58	71,20	15,55	\$ 123.210,00	\$1.915.915,50	\$57.477.465,00
1989	01/10/1989	31/10/1989	31	4,58	71,20	15,55	\$ 79.290,00	\$1.232.959,50	\$38.221.744,50
1989	01/11/1989	30/11/1989	30	4,58	71,20	15,55	\$ 79.290,00	\$1.232.959,50	\$36.988.785,00
1989	01/12/1989	31/12/1989	31	4,58	71,20	15,55	\$ 79.290,00	\$1.232.959,50	\$38.221.744,50
1990	01/01/1990	31/01/1990	31	5,78	71,20	12,32	\$ 123.210,00	\$1.517.947,20	\$47.056.363,20
1990	01/02/1990	28/02/1990	28	5,78	71,20	12,32	\$ 150.270,00	\$1.851.326,40	\$51.837.139,20
1990	01/03/1990	31/03/1990	31	5,78	71,20	12,32	\$ 150.270,00	\$1.851.326,40	\$57.391.118,40
1990	01/04/1990	30/04/1990	30	5,78	71,20	12,32	\$ 150.270,00	\$1.851.326,40	\$55.539.792,00
1990	01/05/1990	31/05/1990	31	5,78	71,20	12,32	\$ 150.270,00	\$1.851.326,40	\$57.391.118,40
1990	01/06/1990	30/06/1990	30	5,78	71,20	12,32	\$ 150.270,00	\$1.851.326,40	\$55.539.792,00
1990	01/07/1990	31/07/1990	31	5,78	71,20	12,32	\$ 165.180,00	\$2.035.017,60	\$63.085.545,60
1990	01/08/1990	31/08/1990	31	5,78	71,20	12,32	\$ 165.180,00	\$2.035.017,60	\$63.085.545,60
1990	01/09/1990	30/09/1990	30	5,78	71,20	12,32	\$ 165.180,00	\$2.035.017,60	\$61.050.528,00
1990	01/10/1990	31/10/1990	31	5,78	71,20	12,32	\$ 111.000,00	\$1.367.520,00	\$42.393.120,00
1990	01/11/1990	30/11/1990	30	5,78	71,20	12,32	\$ 111.000,00	\$1.367.520,00	\$41.025.600,00
1990	01/12/1990	31/12/1990	31	5,78	71,20	12,32	\$ 111.000,00	\$1.367.520,00	\$42.393.120,00
1991	01/01/1991	31/01/1991	31	7,65	71,20	9,31	\$ 234.720,00	\$2.185.243,20	\$67.742.539,20
1991	01/02/1991	28/02/1991	28	7,65	71,20	9,31	\$ 234.720,00	\$2.185.243,20	\$61.186.809,60
1991	01/03/1991	31/03/1991	31	7,65	71,20	9,31	\$ 234.720,00	\$2.185.243,20	\$67.742.539,20
1991	01/04/1991	30/04/1991	30	7,65	71,20	9,31	\$ 197.910,00	\$1.842.542,10	\$55.276.263,00
1991	01/05/1991	31/05/1991	31	7,65	71,20	9,31	\$ 197.910,00	\$1.842.542,10	\$57.118.805,10
1991	01/06/1991	30/06/1991	30	7,65	71,20	9,31	\$ 197.910,00	\$1.842.542,10	\$55.276.263,00
1991	01/07/1991	31/07/1991	31	7,65	71,20	9,31	\$ 197.910,00	\$1.842.542,10	\$57.118.805,10
1991	01/08/1991	31/08/1991	31	7,65	71,20	9,31	\$ 197.910,00	\$1.842.542,10	\$57.118.805,10
1991	01/09/1991	30/09/1991	30	7,65	71,20	9,31	\$ 197.910,00	\$1.842.542,10	\$55.276.263,00
1991	01/10/1991	31/10/1991	31	7,65	71,20	9,31	\$ 197.910,00	\$1.842.542,10	\$57.118.805,10
1991	01/11/1991	30/11/1991	30	7,65	71,20	9,31	\$ 197.910,00	\$1.842.542,10	\$55.276.263,00
1991	01/12/1991	31/12/1991	31	7,65	71,20	9,31	\$ 197.910,00	\$1.842.542,10	\$57.118.805,10
1992	01/01/1992	31/01/1992	31	9,7	71,20	7,34	\$ 427.560,00	\$3.138.290,40	\$97.287.002,40
1992	01/02/1992	29/02/1992	29	9,7	71,20	7,34	\$ 427.560,00	\$3.138.290,40	\$91.010.421,60
1992	01/03/1992	31/03/1992	31	9,7	71,20	7,34	\$ 427.560,00	\$3.138.290,40	\$97.287.002,40
1992	01/04/1992	30/04/1992	30	9,7	71,20	7,34	\$ 427.560,00	\$3.138.290,40	\$94.148.712,00
1992	01/05/1992	31/05/1992	31	9,7	71,20	7,34	\$ 215.790,00	\$1.583.898,60	\$49.100.856,60
1992	01/06/1992	30/06/1992	30	9,7	71,20	7,34	\$ 215.790,00	\$1.583.898,60	\$47.516.958,00
1992	01/07/1992	31/07/1992	31	9,7	71,20	7,34	\$ 298.110,00	\$2.188.127,40	\$67.831.949,40
1992	01/08/1992	31/08/1992	31	9,7	71,20	7,34	\$ 298.110,00	\$2.188.127,40	\$67.831.949,40
1992	01/09/1992	30/09/1992	30	9,7	71,20	7,34	\$ 298.110,00	\$2.188.127,40	\$65.643.822,00
1992	01/10/1992	31/10/1992	31	9,7	71,20	7,34	\$ 298.110,00	\$2.188.127,40	\$67.831.949,40
1992	01/11/1992	30/11/1992	30	9,7	71,20	7,34	\$ 298.110,00	\$2.188.127,40	\$65.643.822,00
1992	01/12/1992	31/12/1992	31	9,7	71,20	7,34	\$ 298.110,00	\$2.188.127,40	\$67.831.949,40
1993	01/01/1993	31/01/1993	31	12,14	71,20	5,86	\$ 298.110,00	\$1.746.924,60	\$54.154.662,60
1993	01/02/1993	28/02/1993	28	12,14	71,20	5,86	\$ 298.110,00	\$1.746.924,60	\$48.913.888,80
1993	01/03/1993	31/03/1993	31	12,14	71,20	5,86	\$ 298.110,00	\$1.746.924,60	\$54.154.662,60
1993	01/04/1993	30/04/1993	30	12,14	71,20	5,86	\$ 298.110,00	\$1.746.924,60	\$52.407.738,00
1993	01/05/1993	31/05/1993	31	12,14	71,20	5,86	\$ 298.110,00	\$1.746.924,60	\$54.154.662,60
1993	01/06/1993	30/06/1993	30	12,14	71,20	5,86	\$ 520.830,00	\$3.052.063,80	\$91.561.914,00
1993	01/07/1993	31/07/1993	31	12,14	71,20	5,86	\$ 321.540,00	\$1.884.224,40	\$58.410.956,40
1993	01/08/1993	31/08/1993	31	12,14	71,20	5,86	\$ 321.540,00	\$1.884.224,40	\$58.410.956,40
1993	01/09/1993	30/09/1993	30	12,14	71,20	5,86	\$ 321.540,00	\$1.884.224,40	\$56.526.732,00
1993	01/10/1993	31/10/1993	31	12,14	71,20	5,86	\$ 346.170,00	\$2.028.556,20	\$62.885.242,20
1993	01/11/1993	30/11/1993	30	12,14	71,20	5,86	\$ 346.170,00	\$2.028.556,20	\$60.856.686,00
1993	01/12/1993	31/12/1993	31	12,14	71,20	5,86	\$ 346.170,00	\$2.028.556,20	\$62.885.242,20
1994	01/01/1994	31/01/1994	31	14,89	71,20	4,78	\$ 346.170,00	\$1.654.692,60	\$51.295.470,60
1994	01/02/1994	28/02/1994	28	14,89	71,20	4,78	\$ 545.040,00	\$2.605.291,20	\$72.948.153,60
1994	01/03/1994	31/03/1994	31	14,89	71,20	4,78	\$ 545.040,00	\$2.605.291,20	\$80.764.027,20
1994	01/04/1994	30/04/1994	30	14,89	71,20	4,78	\$ 545.040,00	\$2.605.291,20	\$78.158.736,00
1994	01/05/1994	31/05/1994	31	14,89	71,20	4,78	\$ 545.040,00	\$2.605.291,20	\$80.764.027,20
1994	01/06/1994	30/06/1994	30	14,89	71,20	4,78	\$ 545.040,00	\$2.605.291,20	\$78.158.736,00
1994	01/07/1994	31/07/1994	31	14,89	71,20	4,78	\$ 727.679,00	\$3.478.305,62	\$107.827.474,22
1994	01/08/1994	31/08/1994	31	14,89	71,20	4,78	\$ 428.466,00	\$2.048.067,48	\$63.490.091,88
1994	01/09/1994	30/09/1994	30	14,89	71,20	4,78	\$ 428.466,00	\$2.048.067,48	\$61.442.024,40
1994	01/10/1994	31/10/1994	31	14,89	71,20	4,78	\$ 441.392,00	\$2.109.853,76	\$65.405.466,56
1994	01/11/1994	30/11/1994	30	14,89	71,20	4,78	\$ 365.951,00	\$1.749.245,78	\$52.477.373,40
1994	01/12/1994	31/12/1994	31	14,89	71,20	4,78	\$ 413.219,00	\$1.975.186,82	\$61.230.791,42
1995	01/01/1995	31/01/1995	30	18,25	71,20	3,90	\$ 504.908,00	\$1.969.141,20	\$59.074.236,00
1995	01/02/1995	28/02/1995	30	18,25	71,20	3,90	\$ 510.636,00	\$1.991.480,40	\$59.744.412,00
1995	01/03/1995	31/03/1995	30	18,25	71,20	3,90	\$ 1.250.481,00	\$4.876.875,90	\$146.306.277,00
1995	01/04/1995	30/04/1995	30	18,25	71,20	3,90	\$ 506.327,00	\$1.974.675,30	\$59.240.259,00
1995	01/05/1995	31/05/1995	30	18,25	71,20	3,90	\$ 497.203,00	\$1.939.091,70	\$58.172.751,00
1995	01/07/1995	31/07/1995	30	18,25	71,20	3,90	\$ 655.202,00	\$2.555.287,80	\$76.658.634,00
1995	01/08/1995	31/08/1995	30	18,25	71,20	3,90	\$ 519.354,00	\$2.025.480,60	\$60.764.418,00
1995	01/09/1995	30/09/1995	30	18,25	71,20	3,90	\$ 447.472,00	\$1.745.140,80	\$52.354.224,00
1995	01/10/1995	31/10/1995	30	18,25	71,20	3,90	\$ 491.729,00	\$1.917.743,10	\$57.532.293,00
1995	01/11/1995	30/11/1995	30	18,25	71,20	3,90	\$ 547.392,00	\$2.134.828,80	\$64.044.864,00
1995	01/12/1995	31/12/1995	30	18,25	71,20	3,90	\$ 547.392,00	\$2.134.828,80	\$64.044.864,00

1996	01/01/1996	31/01/1996	30	21,8	71,20	3,27	\$ 662.539,00	\$2.166.502,53	\$64.995.075,90
1996	01/02/1996	29/02/1996	30	21,8	71,20	3,27	\$ 1.547.828,00	\$5.061.397,56	\$151.841.926,80
1996	01/03/1996	31/03/1996	30	21,8	71,20	3,27	\$ 1.075.539,00	\$3.517.012,53	\$105.510.375,90
1996	01/04/1996	30/04/1996	30	21,8	71,20	3,27	\$ 710.277,00	\$2.322.605,79	\$69.678.173,70
1996	01/05/1996	31/05/1996	30	21,8	71,20	3,27	\$ 649.090,00	\$2.122.524,30	\$63.675.729,00
1996	01/06/1996	30/06/1996	30	21,8	71,20	3,27	\$ 1.131.556,00	\$3.700.188,12	\$111.005.643,60
1996	01/07/1996	31/07/1996	30	21,8	71,20	3,27	\$ 654.182,00	\$2.139.175,14	\$64.175.254,20
1996	01/08/1996	31/08/1996	30	21,8	71,20	3,27	\$ 674.245,00	\$2.204.781,15	\$66.143.434,50
1996	01/09/1996	30/09/1996	30	21,8	71,20	3,27	\$ 615.519,00	\$2.012.747,13	\$60.382.413,90
1996	01/10/1996	31/10/1996	30	21,8	71,20	3,27	\$ 663.546,00	\$2.169.795,42	\$65.093.862,60
1996	01/11/1996	30/11/1996	30	21,8	71,20	3,27	\$ 717.448,00	\$2.346.054,96	\$70.381.648,80
1996	01/12/1996	31/12/1996	30	21,8	71,20	3,27	\$ 1.763.845,00	\$5.767.773,15	\$173.033.194,50
1997	01/01/1997	31/01/1997	30	26,52	71,20	2,68	\$ 884.059,00	\$2.369.278,12	\$71.078.343,60
1997	01/02/1997	28/02/1997	30	26,52	71,20	2,68	\$ 724.187,00	\$1.940.821,16	\$58.224.634,80
1997	01/03/1997	31/03/1997	30	26,52	71,20	2,68	\$ 855.029,00	\$2.291.477,72	\$68.744.331,60
1997	01/04/1997	30/04/1997	30	26,52	71,20	2,68	\$ 1.933.384,00	\$5.181.469,12	\$155.444.073,60
1997	01/05/1997	31/05/1997	30	26,52	71,20	2,68	\$ 775.677,00	\$2.078.814,36	\$62.364.430,80
1997	01/06/1997	30/06/1997	30	26,52	71,20	2,68	\$ 1.463.141,00	\$3.921.217,88	\$117.636.536,40
1997	01/07/1997	31/07/1997	30	26,52	71,20	2,68	\$ 791.030,00	\$2.119.960,40	\$63.598.812,00
1997	01/08/1997	31/08/1997	30	26,52	71,20	2,68	\$ 875.502,00	\$2.346.345,36	\$70.390.360,80
1997	01/09/1997	30/09/1997	30	26,52	71,20	2,68	\$ 751.808,00	\$2.014.845,44	\$60.445.363,20
1997	01/10/1997	31/10/1997	30	26,52	71,20	2,68	\$ 751.556,00	\$2.014.170,08	\$60.425.102,40
1997	01/11/1997	30/11/1997	30	26,52	71,20	2,68	\$ 796.254,00	\$2.133.960,72	\$64.018.821,60
1997	01/12/1997	31/12/1997	30	26,52	71,20	2,68	\$ 2.389.767,00	\$6.404.575,56	\$192.137.266,80
1998	01/01/1998	31/01/1998	30	31,21	71,20	2,28	\$ 1.073.789,00	\$2.448.238,92	\$73.447.167,60
1998	01/02/1998	28/02/1998	30	31,21	71,20	2,28	\$ 827.567,00	\$1.886.852,76	\$56.605.582,80
1998	01/03/1998	31/03/1998	30	31,21	71,20	2,28	\$ 934.161,00	\$2.129.887,08	\$63.896.612,40
1998	01/04/1998	30/04/1998	30	31,21	71,20	2,28	\$ 2.501.086,00	\$5.702.476,08	\$171.074.282,40
1998	01/05/1998	31/05/1998	30	31,21	71,20	2,28	\$ 1.876.834,00	\$4.279.181,52	\$128.375.445,60
1998	01/06/1998	30/06/1998	30	31,21	71,20	2,28	\$ 1.754.617,00	\$4.000.526,76	\$120.015.802,80
1998	01/07/1998	31/07/1998	30	31,21	71,20	2,28	\$ 1.008.114,00	\$2.298.499,92	\$68.954.997,60
1998	01/08/1998	31/08/1998	30	31,21	71,20	2,28	\$ 1.066.618,00	\$2.431.889,04	\$72.956.671,20
1998	01/09/1998	30/09/1998	30	31,21	71,20	2,28	\$ 857.083,00	\$1.954.149,24	\$58.624.477,20
1998	01/10/1998	31/10/1998	30	31,21	71,20	2,28	\$ 891.108,00	\$2.031.726,24	\$60.951.787,20
1998	01/11/1998	30/11/1998	30	31,21	71,20	2,28	\$ 1.037.751,00	\$2.366.072,28	\$70.982.168,40
1998	01/12/1998	31/12/1998	30	31,21	71,20	2,28	\$ 2.629.176,00	\$5.994.521,28	\$179.835.638,40
1999	01/01/1999	31/01/1999	30	36,42	71,20	1,95	\$ 1.271.604,00	\$2.479.627,80	\$74.388.834,00
1999	01/02/1999	28/02/1999	30	36,42	71,20	1,95	\$ 991.186,00	\$1.932.812,70	\$57.984.381,00
1999	01/03/1999	31/03/1999	30	36,42	71,20	1,95	\$ 1.203.800,00	\$2.347.410,00	\$70.422.300,00
1999	01/04/1999	30/04/1999	30	36,42	71,20	1,95	\$ 3.132.123,00	\$6.107.639,85	\$183.229.195,50
1999	01/05/1999	31/05/1999	30	36,42	71,20	1,95	\$ 1.058.794,00	\$2.064.648,30	\$61.939.449,00
1999	01/06/1999	30/06/1999	30	36,42	71,20	1,95	\$ 2.159.337,00	\$4.210.707,15	\$126.321.214,50
1999	01/07/1999	31/07/1999	30	36,42	71,20	1,95	\$ 1.222.564,00	\$2.383.999,80	\$71.519.994,00
1999	01/08/1999	31/08/1999	30	36,42	71,20	1,95	\$ 1.124.472,00	\$2.192.720,40	\$65.781.612,00
1999	01/09/1999	30/09/1999	10	36,42	71,20	1,95	\$ 1.136.874,00	\$2.216.904,30	\$22.169.043,00
1999	01/10/1999	31/10/1999	30	36,42	71,20	1,95	\$ 1.106.148,00	\$2.156.988,60	\$64.709.658,00
1999	01/11/1999	30/11/1999	30	36,42	71,20	1,95	\$ 1.267.591,00	\$2.471.802,45	\$74.154.073,50
1999	01/12/1999	31/12/1999	30	36,42	71,20	1,95	\$ 3.049.034,00	\$5.945.616,30	\$178.368.489,00
2000	01/01/2000	31/01/2000	30	39,79	71,20	1,79	\$ 1.271.426,00	\$2.275.852,54	\$68.275.576,20
2000	01/02/2000	29/02/2000	30	39,79	71,20	1,79	\$ 1.173.283,00	\$2.100.176,57	\$63.005.297,10
2000	01/03/2000	31/03/2000	30	39,79	71,20	1,79	\$ 3.144.208,00	\$5.628.132,32	\$168.843.969,60
2000	01/04/2000	30/04/2000	30	39,79	71,20	1,79	\$ 2.050.587,00	\$3.670.550,73	\$110.116.521,90
2000	01/05/2000	31/05/2000	30	39,79	71,20	1,79	\$ 1.238.337,00	\$2.216.623,23	\$66.498.696,90
2000	01/06/2000	30/06/2000	30	39,79	71,20	1,79	\$ 2.117.356,00	\$3.790.067,24	\$113.702.017,20
2000	01/07/2000	31/07/2000	7	39,79	71,20	1,79	\$ 1.406.599,00	\$2.517.812,21	\$17.624.685,47
2000	01/08/2000	31/08/2000	30	39,79	71,20	1,79	\$ 1.318.951,00	\$2.360.922,29	\$70.827.668,70
2000	01/09/2000	30/09/2000	30	39,79	71,20	1,79	\$ 1.145.380,00	\$2.050.230,20	\$61.506.906,00
2000	01/10/2000	31/10/2000	30	39,79	71,20	1,79	\$ 1.156.488,00	\$2.070.113,52	\$62.103.405,60
2000	01/11/2000	30/11/2000	30	39,79	71,20	1,79	\$ 1.435.407,00	\$2.569.378,53	\$77.081.355,90
2000	01/12/2000	31/12/2000	30	39,79	71,20	1,79	\$ 3.159.886,00	\$5.656.195,94	\$169.685.878,20
2001	01/01/2001	31/01/2001	30	43,27	71,20	1,65	\$ 1.605.373,00	\$2.648.865,45	\$79.465.963,50
2001	01/02/2001	28/02/2001	30	43,27	71,20	1,65	\$ 3.932.661,00	\$6.488.890,65	\$194.666.719,50
2001	01/03/2001	31/03/2001	30	43,27	71,20	1,65	\$ 1.090.073,00	\$1.798.620,45	\$53.958.613,50
2001	01/04/2001	30/04/2001	30	43,27	71,20	1,65	\$ 1.433.879,00	\$2.365.900,35	\$70.977.010,50
2001	01/05/2001	31/05/2001	30	43,27	71,20	1,65	\$ 1.380.022,00	\$2.277.036,30	\$68.311.089,00
2001	01/06/2001	30/06/2001	30	43,27	71,20	1,65	\$ 2.571.068,00	\$4.242.262,20	\$127.267.866,00
2001	01/07/2001	31/07/2001	30	43,27	71,20	1,65	\$ 1.431.843,00	\$2.362.540,95	\$70.876.228,50
2001	01/08/2001	31/08/2001	30	43,27	71,20	1,65	\$ 1.488.871,00	\$2.456.637,15	\$73.699.114,50
2001	01/09/2001	30/09/2001	30	43,27	71,20	1,65	\$ 1.121.710,00	\$1.850.821,50	\$55.524.645,00
2001	01/10/2001	31/10/2001	30	43,27	71,20	1,65	\$ 1.389.884,00	\$2.293.308,60	\$68.799.258,00
2001	01/11/2001	30/11/2001	30	43,27	71,20	1,65	\$ 1.499.326,00	\$2.473.887,90	\$74.216.637,00
2001	01/12/2001	31/12/2001	30	43,27	71,20	1,65	\$ 3.063.284,00	\$5.054.418,60	\$151.632.558,00
2002	01/01/2002	31/01/2002	30	46,58	71,20	1,53	\$ 2.162.371,00	\$3.308.427,63	\$99.252.828,90
2002	01/02/2002	28/02/2002	30	46,58	71,20	1,53	\$ 4.228.611,00	\$6.469.774,83	\$194.093.244,90
2002	01/03/2002	31/03/2002	30	46,58	71,20	1,53	\$ 3.106.328,00	\$4.752.681,84	\$142.580.455,20
2002	01/04/2002	30/04/2002	30	46,58	71,20	1,53	\$ 1.586.599,00	\$2.427.496,47	\$72.824.894,10
2002	01/05/2002	31/05/2002	30	46,58	71,20	1,53	\$ 1.589.873,00	\$2.432.505,69	\$72.975.170,70
2002	01/06/2002	30/06/2002	30	46,58	71,20	1,53	\$ 2.773.537,00	\$4.243.511,61	\$127.305.348,30
2002	01/07/2002	31/07/2002	30	46,58	71,20	1,53	\$ 1.545.415,00	\$2.364.484,95	\$70.934.548,50
2002	01/08/2002	31/08/2002	30	46,58	71,20	1,53	\$ 1.589.574,00	\$2.432.048,22	\$72.961.446,60
2002	01/09/2002	30/09/2002	30	46,58	71,20	1,53	\$ 1.434.198,00	\$2.194.322,94	\$65.829.688,20
2002	01/10/2002	31/10/2002	30	46,58	71,20	1,53	\$ 1.421.860,00	\$2.175.445,80	\$65.263.374,00
2002	01/11/2002	30/11/2002	30	46,58	71,20	1,53	\$ 1.736.143,00	\$2.656.298,79	\$79.688.963,70
2002	01/12/2002	31/12/2002	30	46,58	71,20	1,53	\$ 3.480.042,00	\$5.324.464,26	\$159.733.927,80

2003	01/01/2003	31/01/2003	30	49,83	71,20	1,43	\$ 2.015.957,00	\$2.882.818,51	\$86.484.555,30
2003	01/02/2003	28/02/2003	30	49,83	71,20	1,43	\$ 1.423.845,00	\$2.036.098,35	\$61.082.950,50
2003	01/03/2003	31/03/2003	30	49,83	71,20	1,43	\$ 4.554.789,00	\$6.513.348,27	\$195.400.448,10
2003	01/04/2003	30/04/2003	30	49,83	71,20	1,43	\$ 1.421.449,00	\$2.032.672,07	\$60.980.162,10
2003	01/05/2003	31/05/2003	30	49,83	71,20	1,43	\$ 1.425.282,00	\$2.038.153,26	\$61.144.597,80
2003	01/06/2003	30/06/2003	30	49,83	71,20	1,43	\$ 2.800.751,00	\$4.005.073,93	\$120.152.217,90
2003	01/07/2003	31/07/2003	30	49,83	71,20	1,43	\$ 1.428.636,00	\$2.042.949,48	\$61.288.484,40
2003	01/08/2003	31/08/2003	30	49,83	71,20	1,43	\$ 1.558.423,00	\$2.228.544,89	\$66.856.346,70
2003	01/09/2003	30/09/2003	30	49,83	71,20	1,43	\$ 1.287.355,00	\$1.840.917,65	\$55.227.529,50
2003	01/10/2003	31/10/2003	30	49,83	71,20	1,43	\$ 1.517.239,00	\$2.169.651,77	\$65.089.553,10
2003	01/11/2003	30/11/2003	30	49,83	71,20	1,43	\$ 1.500.477,00	\$2.145.682,11	\$64.370.463,30
2003	01/12/2003	31/12/2003	30	49,83	71,20	1,43	\$ 3.352.953,00	\$4.794.722,79	\$143.841.683,70
2004	01/01/2004	31/01/2004	30	53,07	71,20	1,34	\$ 2.212.003,00	\$2.964.084,02	\$88.922.520,60
2004	01/02/2004	29/02/2004	30	53,07	71,20	1,34	\$ 4.450.215,00	\$5.963.288,10	\$178.898.643,00
2004	01/04/2004	30/04/2004	30	53,07	71,20	1,34	\$ 1.398.554,00	\$1.874.062,36	\$56.221.870,80
2004	01/05/2004	31/05/2004	30	53,07	71,20	1,34	\$ 1.408.456,00	\$1.887.331,04	\$56.619.311,20
2004	01/06/2004	30/06/2004	30	53,07	71,20	1,34	\$ 3.078.240,00	\$4.124.841,60	\$123.745.248,00
2004	01/07/2004	31/07/2004	30	53,07	71,20	1,34	\$ 1.793.007,00	\$2.402.629,38	\$72.078.881,40
2004	01/08/2004	31/08/2004	30	53,07	71,20	1,34	\$ 1.551.752,00	\$2.079.347,68	\$62.380.430,40
2004	01/09/2004	30/09/2004	30	53,07	71,20	1,34	\$ 1.558.525,00	\$2.088.423,50	\$62.652.705,00
2004	01/10/2004	31/10/2004	30	53,07	71,20	1,34	\$ 1.559.567,00	\$2.089.819,78	\$62.694.593,40
2004	01/11/2004	30/11/2004	30	53,07	71,20	1,34	\$ 1.642.798,00	\$2.201.349,32	\$66.040.479,60
2005	01/12/2004	31/12/2004	30	55,99	71,20	1,27	\$ 4.216.358,00	\$5.354.774,66	\$160.643.239,80
2005	01/01/2005	31/01/2005	30	55,99	71,20	1,27	\$ 1.775.793,00	\$2.255.257,11	\$67.657.713,30
2005	01/02/2005	28/02/2005	30	55,99	71,20	1,27	\$ 4.869.979,00	\$6.184.873,33	\$185.546.199,90
2005	01/03/2005	31/03/2005	30	55,99	71,20	1,27	\$ 3.763.891,00	\$4.780.141,57	\$143.404.247,10
2005	01/04/2005	30/04/2005	30	55,99	71,20	1,27	\$ 1.624.282,00	\$2.062.838,14	\$61.885.144,20
2005	01/05/2005	31/05/2005	30	55,99	71,20	1,27	\$ 1.646.285,00	\$2.090.781,95	\$62.723.458,50
2005	01/06/2005	30/06/2005	30	55,99	71,20	1,27	\$ 3.466.939,00	\$4.403.012,53	\$132.090.375,90
2005	01/07/2005	31/07/2005	30	55,99	71,20	1,27	\$ 1.726.220,00	\$2.192.299,40	\$65.768.982,00
2005	01/08/2005	31/08/2005	30	55,99	71,20	1,27	\$ 1.642.108,00	\$2.085.477,16	\$62.564.314,80
2005	01/09/2005	30/09/2005	30	55,99	71,20	1,27	\$ 1.657.704,00	\$2.105.284,08	\$63.158.522,40
2005	01/10/2005	31/10/2005	30	55,99	71,20	1,27	\$ 1.676.366,00	\$2.128.984,82	\$63.869.544,60
2005	01/11/2005	30/11/2005	30	55,99	71,20	1,27	\$ 1.811.444,00	\$2.300.533,88	\$69.016.016,40
2006	01/12/2005	31/12/2005	30	58,7	71,20	1,21	\$ 4.365.745,00	\$5.282.551,45	\$158.476.543,50
2006	01/01/2006	31/01/2006	30	58,7	71,20	1,21	\$ 2.115.654,00	\$2.559.941,34	\$76.798.240,20
2006	01/02/2006	28/02/2006	30	58,7	71,20	1,21	\$ 1.677.007,00	\$2.029.178,47	\$60.875.354,10
2006	01/03/2006	31/03/2006	30	58,7	71,20	1,21	\$ 5.268.005,00	\$6.374.286,05	\$191.228.581,50
2006	01/04/2006	30/04/2006	30	58,7	71,20	1,21	\$ 1.819.949,00	\$2.202.138,29	\$66.064.148,70
2006	01/05/2006	31/05/2006	30	58,7	71,20	1,21	\$ 1.733.527,00	\$2.097.567,67	\$62.927.030,10
2006	01/06/2006	30/06/2006	30	58,7	71,20	1,21	\$ 3.679.683,00	\$4.452.416,43	\$133.572.492,90
2006	01/07/2006	31/07/2006	30	58,7	71,20	1,21	\$ 1.858.823,00	\$2.249.175,83	\$67.475.274,90
2006	01/08/2006	31/08/2006	30	58,7	71,20	1,21	\$ 1.855.000,00	\$2.244.550,00	\$67.336.500,00
2006	01/09/2006	30/09/2006	30	58,7	71,20	1,21	\$ 1.797.000,00	\$2.174.370,00	\$65.231.100,00
2006	01/10/2006	31/10/2006	30	58,7	71,20	1,21	\$ 1.793.000,00	\$2.169.530,00	\$65.085.900,00
2006	01/11/2006	30/11/2006	30	58,7	71,20	1,21	\$ 1.715.000,00	\$2.075.150,00	\$62.254.500,00
2007	01/12/2006	31/12/2006	30	61,33	71,20	1,16	\$ 4.653.000,00	\$5.397.480,00	\$161.924.400,00
2007	01/01/2007	31/01/2007	30	61,33	71,20	1,16	\$ 2.325.000,00	\$2.697.000,00	\$80.910.000,00
2007	01/02/2007	28/02/2007	30	61,33	71,20	1,16	\$ 5.621.000,00	\$6.520.360,00	\$195.610.800,00
2007	01/03/2007	31/03/2007	30	61,33	71,20	1,16	\$ 1.614.000,00	\$1.872.240,00	\$56.167.200,00
2007	01/04/2007	30/04/2007	30	61,33	71,20	1,16	\$ 2.011.000,00	\$2.332.760,00	\$69.982.800,00
2007	01/05/2007	31/05/2007	30	61,33	71,20	1,16	\$ 2.079.000,00	\$2.411.640,00	\$72.349.200,00
2007	01/06/2007	30/06/2007	30	61,33	71,20	1,16	\$ 3.561.000,00	\$4.130.760,00	\$123.572.800,00
2007	01/07/2007	31/07/2007	30	61,33	71,20	1,16	\$ 2.050.000,00	\$2.378.000,00	\$71.340.000,00
2007	01/08/2007	31/08/2007	30	61,33	71,20	1,16	\$ 1.935.000,00	\$2.244.600,00	\$67.338.000,00
2007	01/09/2007	30/09/2007	30	61,33	71,20	1,16	\$ 1.836.000,00	\$2.129.760,00	\$63.892.800,00
2007	01/10/2007	31/10/2007	30	61,33	71,20	1,16	\$ 1.948.000,00	\$2.259.680,00	\$67.790.400,00
2007	01/11/2007	30/11/2007	30	61,33	71,20	1,16	\$ 2.222.000,00	\$2.577.520,00	\$77.325.600,00
2008	01/12/2007	31/12/2007	30	64,82	71,20	1,10	\$ 4.666.000,00	\$5.132.600,00	\$153.978.000,00
2008	01/01/2008	31/01/2008	30	64,82	71,20	1,10	\$ 2.278.000,00	\$2.505.800,00	\$75.174.000,00
2008	01/02/2008	29/02/2008	30	64,82	71,20	1,10	\$ 6.332.000,00	\$6.965.200,00	\$208.956.000,00
2008	01/03/2008	31/03/2008	30	64,82	71,20	1,10	\$ 6.745.000,00	\$7.419.500,00	\$222.585.000,00
2008	01/05/2008	31/05/2008	30	64,82	71,20	1,10	\$ 2.197.000,00	\$2.416.700,00	\$72.501.000,00
2008	01/06/2008	30/06/2008	30	64,82	71,20	1,10	\$ 2.288.000,00	\$2.516.800,00	\$75.504.000,00
2008	01/07/2008	31/07/2008	30	64,82	71,20	1,10	\$ 2.288.000,00	\$2.516.800,00	\$75.504.000,00
2008	01/08/2008	31/08/2008	30	64,82	71,20	1,10	\$ 2.288.000,00	\$2.516.800,00	\$75.504.000,00
2008	01/09/2008	30/09/2008	30	64,82	71,20	1,10	\$ 2.288.000,00	\$2.516.800,00	\$75.504.000,00
2008	01/10/2008	31/10/2008	30	64,82	71,20	1,10	\$ 2.288.000,00	\$2.516.800,00	\$75.504.000,00
2008	01/11/2008	30/11/2008	30	64,82	71,20	1,10	\$ 2.288.000,00	\$2.516.800,00	\$75.504.000,00
2009	01/12/2008	31/12/2008	30	69,8	71,20	1,02	\$ 2.288.000,00	\$2.333.760,00	\$70.012.800,00
2009	01/01/2009	31/01/2009	30	69,8	71,20	1,02	\$ 2.288.000,00	\$2.333.760,00	\$70.012.800,00
2009	01/02/2009	28/02/2009	30	69,8	71,20	1,02	\$ 2.464.000,00	\$2.513.280,00	\$75.398.400,00
2009	01/03/2009	31/03/2009	30	69,8	71,20	1,02	\$ 2.464.000,00	\$2.513.280,00	\$75.398.400,00
2009	01/04/2009	30/04/2009	30	69,8	71,20	1,02	\$ 2.464.000,00	\$2.513.280,00	\$75.398.400,00
2009	01/05/2009	31/05/2009	30	69,8	71,20	1,02	\$ 2.464.000,00	\$2.513.280,00	\$75.398.400,00
2009	01/06/2009	30/06/2009	30	69,8	71,20	1,02	\$ 2.464.000,00	\$2.513.280,00	\$75.398.400,00
2009	01/07/2009	31/07/2009	30	69,8	71,20	1,02	\$ 2.464.000,00	\$2.513.280,00	\$75.398.400,00
2009	01/08/2009	31/08/2009	30	69,8	71,20	1,02	\$ 2.464.000,00	\$2.513.280,00	\$75.398.400,00
2009	01/09/2009	30/09/2009	30	69,8	71,20	1,02	\$ 2.464.000,00	\$2.513.280,00	\$75.398.400,00
2009	01/10/2009	31/10/2009	30	69,8	71,20	1,02	\$ 2.464.000,00	\$2.513.280,00	\$75.398.400,00
2009	01/11/2009	30/11/2009	30	69,8	71,20	1,02	\$ 2.464.000,00	\$2.513.280,00	\$75.398.400,00
2010	01/12/2009	31/12/2009	30	71,2	71,20	1,00	\$ 2.464.000,00	\$2.464.000,00	\$73.920.000,00
2010	01/01/2010	31/01/2010	30	71,2	71,20	1,00	\$ 2.464.000,00	\$2.464.000,00	\$73.920.000,00
2010	01/02/2010	28/02/2010	30	71,2	71,20	1,00	\$ 2.513.000,00	\$2.513.000,00	\$75.390.000,00
2010	01/03/2010	31/03/2010	30	71,2	71,20	1,00	\$ 2.513.000,00	\$2.513.000,00	\$75.390.000,00
2010	01/04/2010	30/04/2010	18	71,2	71,20	1,00	\$ 1.508.000,00	\$1.508.000,00	\$27.144.000,00

Días cotizados	11.959	Salarios por días cotizados	\$26.441.480.504,15
Semanas cotizadas	1.708,43	Valor del Ibi Toda la Vida	\$ 2.211.011
		Tiempo que le hiciere falta (2178 días)	\$ 2.971.319
		Valor de la tasa de reemplazo	90,00%
		Valor de la mesada pensional 2010	\$ 2.674.187

Tal y como se observa de los cuadros precedentes, al actor le es más favorable el IBL determinado con el tiempo que le hacía falta para causar la pensión especial de vejez, el cual según el cálculo realizado corresponde a \$2.971.319, suma a la que se le debe aplicar el 90% de tasa de reemplazo arrojando una primera mesada pensional para el año 2010 de **\$2.674.187**.

De otro lado, frente a la mesada 14, se tiene que el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que las personas que causaran su derecho a partir de su vigencia –29 de julio de 2005- solo tendrían derecho a 13 mesadas pensionales, excepto quienes percibieran una pensión igual o inferior a 3 SMMLV si la misma se adquiría antes del 31 de julio de 2011, quienes tendrían derecho a recibir 14 mesadas pensionales al año.

Sobre el particular, advierte esta Sala que dicha norma de rango constitucional no afectó el derecho del actor, en la medida que la pensión especial de vejez aquí reconocida se causó desde el 18 de abril de 2000; por ende, para la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, el 29 de julio de 2005, este era un derecho adquirido y debía respetarse conforme el inciso 4 de esa misma preceptiva.

En este orden, pese a que el derecho del actor se debía empezar a disfrutar a partir del 19 de abril de 2010, fecha en que se reportó la novedad de retiro del sistema pensional, este se había adquirido desde el 18 de abril de 2000; por lo tanto, las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, no podían afectar o desconocer su derecho, teniendo el actor derecho a las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Frente a la excepción de prescripción se tiene que el derecho del actor se causó desde el 18 de abril de 2000, y solo reclamó la pensión de vejez especial hasta el 12 de febrero de 2020, la cual le fue negada en Resolución SUB 168187 del 05 de agosto de 2020, acto administrativo contra el que se interpuso recurso de reposición en subsidio apelación, siendo confirmado en Resoluciones SUB 233837 del 29 de octubre de 2020 y DPE 15619 del 20 de noviembre de 2020, respectivamente.

Así, conforme los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, pero esta se puede interrumpir por una sola vez con el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por la entidad de seguridad social, sobre la prestación pretendida.

Bajo este horizonte, la reclamación presentada por el demandante ante Colpensiones el 12 de febrero de 2020, interrumpió el fenómeno de la prescripción frente a las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 12 de febrero de 2017.

Por lo anterior, la liquidación de esta prestación quedará así:

Tabla de la mesada 14						
Año	Desde	Hasta	Incremento	Mesada Pagada	No Pagos	Retroactivo
2010	01/01/2010	31/12/2010	2,00%	\$ 2.674.187	Prescripcion	
2011	01/01/2011	31/12/2011	3,17%	\$ 2.758.959		
2012	01/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 2.861.868		
2013	01/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 2.931.698		
2014	01/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 2.988.573		
2015	01/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 3.097.955		
2016	01/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 3.307.687		
2017	01/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 3.497.879	1	\$3.497.879,00
2018	01/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 3.640.942	1	\$3.640.942,00
2019	01/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 3.756.724	1	\$3.756.724,00
2020	01/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 3.899.480	1	\$3.899.480,00
2021	01/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 3.962.262	1	\$3.962.262,00
2022	01/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 4.184.941	1	\$4.184.941,00
2023	01/01/2023	31/12/2023	13,12%	\$ 4.734.005	1	\$4.734.005,00
Retroactivo psnional de la mesada 14 de junio de 2017 a diciembre de 2023						\$27.676.233,00

Se advierte que en la liquidación solo se tuvo en cuenta la mesada 14, porque la prestación aquí reconocida lo fue para el año 2010 en valor de \$2.674.187, y la que le reconoció el ISS por el riesgo de vejez para ese mismo año fue de \$2.753.092, lo que implica que al ser inferior la pensión especial de vejez por alto riesgo, no exista diferencias en las mesadas ordinarias causadas.

Conforme lo anterior, el retroactivo causado desde el 12 de febrero de 2017, a la fecha de esta sentencia -31/01/2024- asciende a la suma de \$27.676.233, esto sin perjuicio de las diferencias en las mesadas pensionales que se continúen causando en adelante, a efectos de la mesada 14.

INTERESES DE MORA

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que regula los intereses moratorios, así:

ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Al respecto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que en principio deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, tiene carácter resarcitorio y no sancionatorio; así se explicó por la referida Corporación en sentencia CSJ SL2037-2023:

Finalmente, en lo que respecta a la condena impuesta por intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es de recordar que la Corte, ha considerado que estos no tienen carácter sancionatorio sino resarcitorio, por lo que proceden siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independiente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares en las instancias administrativas, en la medida que con ellos se pretende compensar económicamente y aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de la obligación.

Asimismo en la sentencia CSJ SL3130-2020, dicha Corporación explicó que pese al cambio jurisprudencial respecto de que los intereses moratorios proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente, haciendo la siguiente salvedad:

En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas. (subraya fue del texto original)

Conforme lo anterior, se tiene que en este asunto no es procedente la imposición de intereses de mora, como quiera que Colpensiones negó administrativamente el reconocimiento de la pensión especial de vejez por alto riesgo debido a que el empleador Cristalería Peldar S.A. **NO** realizó aportes adicionales para pensión especial o de alto riesgo, y estas a partir de la expedición del Decreto 1281 de 1994 -23 de junio de 1994- eran obligatorias para el reconocimiento de esta prestación,

luego la entidad demandada no reconoció la pensión reclamada amparada en el ordenamiento legal vigente.

Sumado a que en el trámite administrativo tan solo se aportó la certificación laboral del actor, más no se demostró que este había estado expuesto durante su relación laboral con Cristalería Peldar S.A. a sustancias cancerígenas; es decir, la entidad aquí llamada a juicio no tenía conocimiento de que el actor había laborado en actividades de alto riesgo que condujeran a otorgarle dicha prestación, situación fue precisamente el objeto de debate en esta litis, lo cual finalmente se encontró probado solo en esta instancia.

No obstante, debido a que la suma adeudada como retroactivo pensional, sufrió un deterioro económico por el transcurso del tiempo, este debe ser indexado desde su causación hasta su pago efectivo.

COSTAS

Costas en ambas instancias a cargo de Colpensiones como quiera que es la parte vencida en juicio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar Condenar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** - a reconocer y pagar al señor **LUIS RAMIRO SÁNCHEZ CASTRO** la pensión especial de vejez a partir del 19 de abril de 2010, conforme lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990, en cuantía inicial de \$2.674.187 con los ajustes legales anuales y catorce mesadas al año.

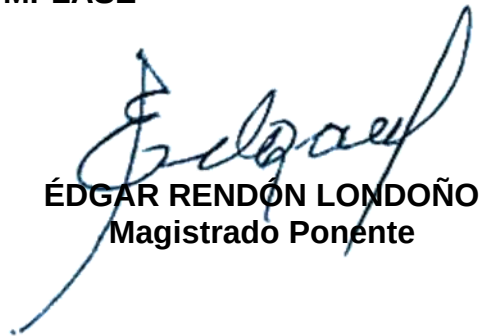
SEGUNDO: CONDENAR a Colpensiones a pagar al señor **LUIS RAMIRO SÁNCHEZ CASTRO** la suma de **\$27.676.233,00** por concepto de retroactivo pensional causado desde el 12 de febrero de 2017, a la fecha del fallo, sin perjuicio de las mesadas pensionales que se continúen causando en adelante, monto que deberá

indexarse hasta el monto de su pago efectivo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prestación, respecto de las diferencias en las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 12 de febrero de 2017. Y no probadas las demás excepciones propuestas.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.300.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105037202100379-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ROSA MERCEDES ÁLVAREZ MOSQUERA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los Treinta y uno (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ROSA MERCEDES ÁLVAREZ MOSQUERA** se **declare** la ineficacia y/o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir, por omisión al deber de información. En consecuencia, se condene a la AFP Colfondos a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por virtud de su afiliación como cotizaciones y bonos pensionales junto con todos los rendimientos que se hubiesen causado; que se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada del RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst, exp digital), señaló en síntesis, que se vinculó al ISS desde el 6 de febrero de 1986 al 29 de enero de 1996; que se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., con fecha de efectividad a partir del 01 de febrero de 1996, pero que al momento de la firma del formulario no había sido asesorada de manera transparente, completa, clara, veraz,

oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones; que no le informaron: i) su situación particular respecto de su edad e historia laboral; ii) cuanto era el capital que debía acumular para poder adquirir una pensión de vejez y mantener su mínimo vital; iii) que le descontaría de sus aportes para gastos de administración, seguros previsionales entre otros; iv) que para poder acceder a una pensión anticipada de vejez debía negociar su bono pensional; v) sobre su derecho de retracto ni en qué consistía este; vi) que al momento de calcular su mesada pensional se tendría en cuenta la edad suya y de sus beneficiarios, lo que afectaría directamente el monto de la prestación; entre otras.

Narró que, el 14 de mayo de 2021, solicitó ante Colpensiones el traslado del RAIS al RPM, pero que esa entidad rechazó la petición; y que actualmente se encuentra afiliada a la AFP Colfondos.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 06 carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos únicamente aceptó que la actora solicitó en 2021, traslado del RAIS al RPM, el cual se rechazó porque ya se encontraba inmersa en la prohibición legal del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Propuso como excepciones de fondo, las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 08 carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente el traslado del RPM al RAIS a través de la AFP Invertir S.A., mediante formulario firmado el 12 de febrero de 1996; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos.

Aclaró que, le brindó una asesoría clara, oportuna y suficiente, en cumplimiento de su deber de información y actuando dentro de la buena fe objetiva, que presentó a cabalidad el funcionamiento, condiciones y características tanto del RAIS como del RPM

conforme lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las a AFP al momento en que se materializó el traslado de régimen pensional); que en esa asesoría, se le informó a la demandante, entre otras cosas, sobre el régimen de transición pensional, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual (110% del valor del salario mínimo y sometida a la realización de un cálculo actuarial); que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales, a su cuenta; que tendría derecho a bono pensional, si había aportado 150 semanas antes del traslado de régimen pensional, y que su vinculación al Régimen de Ahorro Individual era completamente voluntaria; que entre los beneficios más importantes del RAIS se destacan: i) en caso de que el afiliado muera y no cumpla con el capital para pensionarse, sus herederos podrán disponer de ese capital; ii) en caso de no completar el capital necesario para la pensión y si cuenta con 1150 semanas de cotización, podrán acceder a la garantía de la pensión mínima; iii) si el monto de su pensión llega a ser superior al 70% de su Ingreso Base de Liquidación, podrá disponer de sus excedentes de libre disposición. Y se le explicaron las características del RPM y la forma de acceder a las prestaciones de este.

Planteó como excepciones de fondo, las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La **AFP COLFONDOS S.A.**, contestó (archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos solo aceptó que la actora en la actualidad se encuentra vinculada a esa AFP; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, al momento de su vinculación se brindó una asesoría integral, donde se le explicó las condiciones, requisitos, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, incluyendo bonos pensionales y aportes a pensiones voluntarias; que no podía predicarse ventajas o desventajas, por cuanto eran regímenes que están regulados por la ley 100 de 1993, y cada uno de ellos tiene sus propias condiciones; que se le indicó que podía obtener una pensión más alta que la del RPM y a la edad que escogiera, en razón a la esencia misma del Sistema de Ahorro Individual que pone en manos del afiliado la decisión respecto a su futuro a través de la planeación y el ahorro, opción con la que no cuentan el RPM y que es una de las mayores ventajas del RAIS en la medida en que permite pensionarse de manera anticipada y con un monto de pensión previamente calculado.

Planteó como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor a esa AFP,

prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 06 de julio de 2023 (archivo 21 carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora ROSA MERCEDES ÁLVAREZ MOSQUERA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad, por intermedio del FONDO DE PENSIONES INVERTIR FUTURO PENSIONES hoy PORVENIR S.A., lo que ocurrió el 12 de febrero de 1996. Así como aquel traslado horizontal efectuado a COLFONDOS en el año 2001. En consecuencia, se DECLARA válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, conforme se expuso.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, ni comisiones, incluyendo las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el periodo en que estuvo vinculada en esta administradora, precisando que los rubros que corresponden a los descuentos realizados por gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, deberán ser con cargo a los propios recursos de COLFONDOS S.A. y deberán ser retornados a COLPENSIONES manera indexada al momento en que se efectuó dicho cambio o retorno al Régimen de Prima Media, según se expuso.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES, los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones, e incluyendo además las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el periodo que la demandante estuvo vinculada a dicha administradora, precisando que estos conceptos estarán a cargo o serán con cargo a los propios recursos de PORVENIR S.A. y deberán ser indexados al momento en que sean entregados a COLPENSIONES según se expuso.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENA EN COSTAS a COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A., fijándose como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 M/Cte. a cargo de cada una.

(...)

El Juzgado, **basó su decisión fundamentalmente** en que se acogía a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, en donde se fijaron unos parámetros para resolver los casos de ineficacia, considerando que estos se condensan en las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019.

El primer parámetro, era que las AFP desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen

adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, lo que se concluye de la interpretación del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues solo podía entenderse que una decisión era libre y voluntaria cuando estaba precedida de una información suficiente para tomar esa decisión, la cual debe contener por lo menos una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

El segundo, que de la firma del formulario de afiliación por parte del afiliado podía colegirse una voluntad, pero ello no podía darle el efecto de que este fue debidamente informado, pues del cumplimiento de este deber, deriva la eficacia o no del traslado. Agregó que en ese sentido ese documento no resultaba suficiente para dar por cumplido ese deber, por lo que las AFP debían acreditar con otros medios de prueba su cumplimiento.

El tercero, referente a que eran las AFP quienes tenían la carga de la prueba de demostrar que atendieron su objeto social con el debido cuidado y diligencia. Y Cuarto, que la línea jurisprudencial de ineficacia aplica para todos los afiliados sin discriminación alguna, por su condición especial o porque tenga alguna expectativa pensional.

Expuso que, en este caso estaba acreditado que la actora había estado inicialmente afiliada al RPM a través del ISS entre el 07 de febrero de 1986, y el 31 de enero de 1996, cotizando 440 semanas, que se había trasladado al RAIS a través del formulario de afiliación suscrito con Invertir hoy Porvenir el 12 de febrero de 1996, y que en el año 2001, se trasladó de este a la AFP Colfondos. Conforme lo anterior, señaló que era la AFP Porvenir S.A., quien debía acreditar que cumplió con el deber de información, no obstante, de los medios probatorios ello no era posible colegirlo, como quiera que del formulario allegado solo se evidenciaban una serie de datos personales y laborales de la demandante, mas no qué tipo de información se le entregó en ese momento.

Indicó que, de la declaración de parte de la actora, no se podía extraer una confesión porque allí lo único que se corroboró fue lo manifestado en el libelo demandatorio, este es que no le dieron ningún tipo de información sobre los dos regímenes pensionales, pues señaló que el asesor le había dicho que el ISS estaba en quiebra, que todos debían pasarse al RAIS, y que este nuevo sistema tendría mejores beneficios, sin explicarle siquiera que pasaría con sus aportes ya efectuados y que las cotizaciones en adelante irían a una cuenta de ahorro individual.

Advirtió que, declararía ineficaz el traslado de régimen realizado el 12 de febrero de 1996 con efectividad a partir del 01 de marzo de igual año, al igual que la vinculación a la AFP Colfondos y válida la vinculación inicial al RPM, por lo que dispondría que ambas AFP

debían trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima (sentencia CSJ SL1017-2022), aclarando que estos últimos rubros debían ser con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados a la fecha de retorno al RPM.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A., interpuso recurso de apelación argumentando que lo descontado por gastos de administración, prima de reaseguros de Fogafín, primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, no fue por capricho de esa entidad, sino por disposición legal.

Expuso que, conforme el Decreto 2555 de 2010, los gastos de administración tenían una destinación específica, entre ella la adquisición en favor de la afiliada de los seguros previsionales de invalidez y muerte, por lo que ella ha estado cubierta de esas contingencias e incluso así continúa siendo hasta la ejecutoria de esta sentencia, cumpliéndose con la destinación de dicho concepto; además que estos también se utilizan para que esa entidad pueda generar rendimientos respecto de los aportes de sus afiliados, siendo esa AFP la que mayor ganancia entrega pues no se limita al rendimiento mínimo.

Señaló que, obligar a esa AFP a devolver los gastos de administración a Colpensiones generaría un enriquecimiento sin justa causa, ya que también está recibiendo los rendimientos financieros generados, además dichos rubros son de tracto sucesivo y por ello se deben afectar por el fenómeno de la prescripción. Expreso que, no debía ser condenado en costas porque su obligación era recibir a la promotora del litigio una vez firmado el formulario de vinculación.

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación, frente a la totalidad del fallo, indicando en primer lugar que si bien existía un precedente jurisprudencial respecto del deber de información, este no podía aplicarse de forma automática a todos los casos, pues debía analizarse cada situación particular; que en este asunto no podía aplicarse el mismo porque la actora había realizado el traslado al RAIS de forma informada, libre y voluntaria de conformidad con las normas vigentes para 1996, además que con independencia de la información entregada al momento del traslado, las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales estaban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que bien pudo la actora revisar dicha norma.

Consideró que, la demandante tenía unos deberes como consumidora financiera, tal como ir informada acerca del negocio jurídico que pretendía celebrar, máxime que ello estaba determinado en normas de carácter público.

Respecto de los gastos de administración, afirmó que estos no sirven para financiar las prestaciones del sistema, sino que tienen una destinación específica y legal, la cual se cumplió durante la vinculación de la actora a la AFP Porvenir; que gracias a dichos gastos se generaron unos rendimientos financieros que fueron superiores a los que hubiese podido recibir en el RPM, y que van directamente a la cuenta de ahorro individual de cada afiliado, por ende, no debía condenársele a reintegrar los mismos.

Frente a las sumas de los seguros previsionales, expuso que estos ya no están en su poder porque fueron trasladados a las aseguradoras con las cuales se suscribieron dichos seguros, sumado a que ella durante su afiliación a esa AFP estuvo cubierta por los riesgos de invalidez y muerte tal como lo determinaba la ley.

Finalmente, refuto la condena a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y el aporte al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, por considerar que los rendimientos financieros cubrían con creces dicho concepto.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colfondos y Porvenir, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP Invertir hoy Porvenir S.A. y posteriormente a otra AFP, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos:

- i)* que la señora ROSA MERCEDES ÁLVAREZ MOSQUERA nació el 20 de julio de 1963;
- ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 07 de febrero de 1986, al 31 de enero de 1996,

un total de 440 semanas según historia laboral de Colpensiones actualizada al 19 de octubre de 2021 (archivo 06, carpeta 1ª inst, exp digital); *iii*) que el **12 de febrero de 1996**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Invertir hoy Porvenir el cual se hizo efectivo a partir del 1º de marzo de igual año (f.º 64- 68, archivo 08, carpeta 1ª inst, exp digital); y *iv*) que el 22 de junio de 2001, se trasladó a la AFP Colfondos y allí permanece hasta la actualidad (f.º 216-225 archivo 07, carpeta 1ª inst, exp digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–12 de febrero de 1996–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, **lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.**

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **12 de febrero de 1996**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que

únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que el actora pasó de Porvenir a Colfondos, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad. (Negrillas fuera del texto original).

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

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

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

Tampoco puede admitirse que actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que por ello no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1996 y el hecho que se hubiese trasladado entre fondos privados no convalida el cambio de régimen, primero, porque la ineficacia es insubsanable (sentencia CSJ SL1688-2019), y segundo, porque el hecho de realizar «sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello» convalide el incumplimiento del deber de información (sentencia CSJ SL3349-2021).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (negrilla y subraya fuera del texto original) (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por la juez de primer nivel, se confirmará la decisión de primer grado.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Porvenir.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA APELACIÓN COLFONDOS

En cuanto a la condena en costas a Colfondos en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A y Colfondos, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

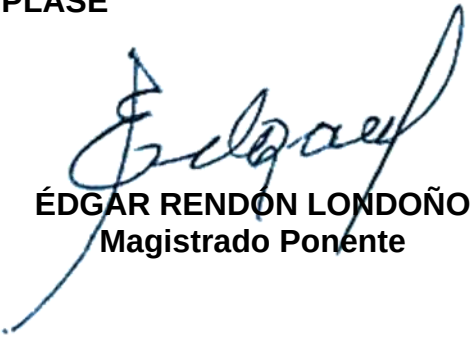
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 06 de julio de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colfondos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A y Colfondos, la suma de \$1.300.000, a cargo de cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105037202100573-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	BEATRIZ RUÍZ GARCÍA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los Treinta y uno (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **BEATRIZ RUÍZ GARCÍA** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir, por omisión al deber de información, en consecuencia, se condene a este a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por virtud de su afiliación; que se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada del RPM y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst, exp digital), señaló en síntesis, que se afilió al ISS en el año 1986; que en 1998, se trasladó al RAIS con la AFP Porvenir S.A. y allí permanece hasta la actualidad, pero que al momento del cambio de régimen pensional no medio un consentimiento informado, que por el contrario el asesor le dijo que el ISS desaparecía por improductividad en sus aportes, mientras que en el RAIS habrían rendimientos del capital ahorrado y que podría pensionarse a cualquier edad; que con posterioridad por cuenta propia se enteró de las

verdaderas condiciones pensionales de los regímenes, encontrando grandes diferencias de las que no había sido enterada al momento del traslado.

Narró que, en febrero de 2020, solicitó ante Colpensiones y la AFP Porvenir el traslado al RPM, pero la primera entidad rechazó la petición por encontrarse inmersa en la prohibición legal de que trataba el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y la segunda no dio respuesta.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 13 carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, señaló que no le constaba ninguno, de un lado por no contar con el expediente administrativo en ese momento, y de otro por corresponder a situaciones relacionadas con un tercero.

Propuso como excepciones de fondo, las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 08 carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente el traslado del RPM al RAIS a través de esa AFP, mediante formulario firmado el 12 de noviembre de 1998 con efectividad a partir del 01 de enero de 1999 y que allí permanece hasta la fecha; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos.

Aclaró que, le brindó una asesoría clara, oportuna y suficiente, en cumplimiento de su deber de información y actuando dentro de la buena fe objetiva, que presentó a cabalidad el funcionamiento, condiciones y características tanto del RAIS como del RPM conforme lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las a AFP al momento en que se materializó el traslado de régimen pensional); que en esa asesoría, se le informó a la demandante, que podría pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado en su Cuenta de Ahorro Individual compuesto por los aportes obligatorios, los aportes voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permita obtener una mesada pensional superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente y a su vez, indicando características propias del régimen que le han asistido desde el momento de su afiliación, tales como la existencia de excedentes

de libre disponibilidad, la devolución de saldos en caso de no cumplir presupuestos para el derecho pensional, heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecer sin beneficiarios, la pensión de garantía mínima, entre otros; además que toda esa información estaba consagrada en la Ley 100 de 1993.

Planteó como excepciones de fondo, las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 17 de julio de 2023 (archivo 18 carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora BEATRIZ RUIZ GARCÍA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., lo que ocurrió el 12 de noviembre de 1998. En consecuencia, DECLARAR válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros, sin descontar los gastos de administración, ni comisiones, incluyendo las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos conceptos, es decir gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a los propios recursos de la entidad PORVENIR, además deberá devolverlos de manera indexada al régimen de prima media al momento de su entrega, de acuerdo a lo expuesto precedentemente.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a cargo de la demandada PORVENIR S.A., se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 y sin costar a cargo de COLPENSIONES.

(...)

El Juzgado, **basó su decisión fundamentalmente** en que se acogía a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, en donde se fijaron unos parámetros para resolver los casos de ineficacia, considerando que estos se condensan en las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019.

El primer parámetro, era que las AFP desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen

adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, lo que se concluye de la interpretación del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues solo podía entenderse que una decisión era libre y voluntaria cuando estaba precedida de una información suficiente para tomar esa decisión, la cual debe contener por lo menos una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

El segundo, que de la firma del formulario de afiliación por parte del afiliado podía colegirse una voluntad, pero ello no podía darle el efecto de que este fue debidamente informado, pues del cumplimiento de este deber, deriva la eficacia o no del traslado. Agregó que en ese sentido ese documento no resultaba suficiente para dar por cumplido ese deber, por lo que las AFP debían acreditar con otros medios de prueba su cumplimiento.

El tercero, referente a que eran las AFP quienes tenían la carga de la prueba de demostrar que atendieron su objeto social con el debido cuidado y diligencia. Y Cuarto, que la línea jurisprudencial de ineficacia aplica para todos los afiliados sin discriminación alguna, por su condición especial o porque tenga alguna expectativa pensional.

Expuso que, en este caso estaba acreditado que la actora había estado inicialmente afiliada al RPM a través del ISS entre el 21 de abril de 1986 y el 28 de febrero de 1998, cotizando 63,29 semanas, que se había trasladado al RAIS a través del formulario de afiliación suscrito con la AFP Porvenir el 12 de noviembre de 1998. Conforme lo anterior, señaló que era la AFP Porvenir S.A., quien debía acreditar que cumplió con el deber de información, no obstante, de los medios probatorios ello no era posible colegirlo, como quiera que del formulario allegado solo se evidenciaban una serie de datos personales y laborales de la demandante, mas no qué tipo de información se le entregó en ese momento.

Indicó que, de la declaración de parte de la actora, no se podía extraer una confesión porque allí lo único que se corroboró fue lo manifestado en el libelo demandatorio, esto es que no le dieron ningún tipo de información sobre los dos regímenes pensionales, pues señaló que el asesor se acercó a la entidad donde ella laboraba y le dijo que el ISS se iba a acabar, que sus aportes iban a desaparecer, que podía obtener una pensión a la edad que quisiera, que no le indicaron cuales eran los requisitos para pensionarse en ese régimen pero que su mesada sería superior.

Advirtió que, declararía ineficaz el traslado de régimen realizado el 12 de noviembre de 1998 con efectividad a partir del 01 de enero de 1999, y válida la vinculación inicial al RPM, por lo que dispondría que la AFP Porvenir debía trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros,

los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima (sentencia CSJ SL1017-2022), aclarando que estos últimos rubros debían ser con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados a la fecha de retorno al RPM.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación, frente a la totalidad del fallo, indicando en primer lugar que el traslado de la actora a esa AFP había sido producto de una decisión voluntaria, por lo que no podía aplicarse de manera extensiva las sanciones contempladas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; que el traslado se dio de forma acompañada por los asesores de esa entidad quienes le indicaron algunas características propias del RAIS, por lo que se podía concluir que cumplió con el deber de información contenido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, esto sumado a que el formulario de vinculación cumplía con los requisitos exigidos para esa data que eran los establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Consideró que, la inconformidad de la demandante no radica en cómo se dio su traslado al RAIS, sino al incumplimiento en una expectativa suya respecto del monto de su pensión de vejez, esto pese a que ella desconoce a ciencia cierta cual sería dicho valor en el RAIS y en el RPM, no obstante, esta motivación económica no es fundante de causales de ineficacia.

De otro lado, solicitó que en caso de mantenerse la ineficacia del traslado se revoque la condena a devolver los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior porque dichos rubros ya no están en poder de Porvenir porque a estos se les dio la destinación establecida en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, refuto la condena a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y el aporte al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, por considerar que los rendimientos financieros cubrían con creces dicho concepto; y la condena en costas en primera instancia por considerar que al no haber causal de ineficacia, esta no procedería, sumado a la buena fe con la que obró al momento de la vinculación de la actora a dicho régimen pensional.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora BEATRIZ RUIZ GARCÍA nació el 31 de marzo de 1956; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 21 de abril de 1986, al 28 de febrero de 1998, un total de 63,29 semanas según historia laboral de Colpensiones actualizada al 11 de febrero de 2020 (archivo 01, carpeta 1ª inst, exp digital); y *iii)* que el **12 de noviembre de 1998**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir el cual se hizo efectivo a partir del 1º de enero de 1999 (archivo 08, carpeta 1ª inst, exp digital) y allí permanece hasta la actualidad.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**12 de noviembre de 1998**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003–, **lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.**

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **12 de noviembre de 1998**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

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

Tampoco puede admitirse que actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que por ello no es dable declarar la

ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1998 (sentencia CSJ SL3349-2021).

Debe hacerse claridad además en que, si bien la actora refirió que su mesada pensional en el RAIS es inferior la que hubiese obtenido en el RPM, lo cierto es que, ello de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos***» (negrilla y subraya fuera del texto original) (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por la juez de primer nivel, se confirmará la decisión de primer grado.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Porvenir.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA APELACIÓN AFP PORVENIR

En cuanto a la condena en costas a la AFP Porvenir en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

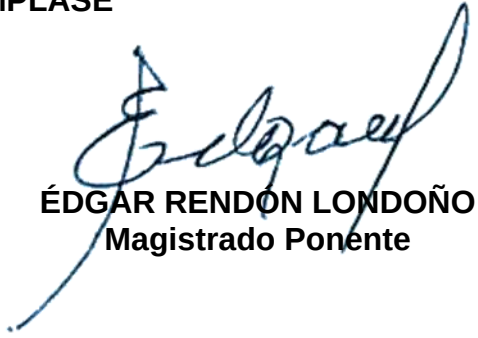
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de julio de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. la suma de \$1.300.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503820190021801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GLORIA MERCEDES VÁSQUEZ TORRES
DEMANDADOS	- ÉDGAR FRANCISCO FUENTES MERA - INVERSIONES AKININA SAS hoy en liquidación

En Bogotá D.C. a los treinta y uno (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Gloria Mercedes Vásquez Torres** se declare que entre ella y el señor Édgar Francisco Fuentes Mera en calidad de empleador y propietario del establecimiento de comercio gimnasio SMART GYM, existió un contrato de trabajo verbal sin solución de continuidad, bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades desde el 18 de noviembre de 2013, hasta el 12 de julio de 2016; que se declare que trabajó desempeñándose en el cargo de auxiliar de servicios generales para el gimnasio SMART GYM; que durante la vigencia de la relación laboral el señor Édgar Francisco Fuentes Mera en calidad de empleador no cumplió con su deber de afiliarla al sistema de seguridad social; que debía cumplir un horario de 2:00 p.m. a 10:00 p.m. de lunes a viernes, los sábados de 7:00 a.m. a 3:00 p.m. y los domingos y festivos de 8:00 a 12:00 p.m. cada quince días; que el último salario mensual

devengado fue de \$682.000; que nunca le fue aumentado el salario como lo establece el Gobierno Nacional.

Agregó que, se declare que el señor Édgar Francisco Fuentes Mera en calidad de empleador y propietario del establecimiento de comercio gimnasio SMART GYM y solidariamente la señora Rossmid Emedida Vargas Martínez como representante legal de la empresa INVERSIONES AKININA S.A.S. la despidieron encontrándose incapacitada y en grave estado de salud, se declare solidariamente responsable a la señora Rossmid Emedida Vargas Martínez como representante legal de la empresa INVERSIONES AKININA S.A.S. de lo que resulte probado sobre los hechos discutidos dentro del proceso, se declare la nulidad del contrato de transacción suscrito entre las partes el día 19 de octubre de 2016, por haber renunciado a derechos ciertos, discutibles, condiciones y garantías mínimas laborales, además por no haberse cumplido lo dispuesto en el acuerdo.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se **condene** al señor Édgar Francisco Fuentes Mera en calidad de empleador y propietario del establecimiento de comercio gimnasio SMART GYM y solidariamente a la señora Rossmid Emedida Vargas Martínez como representante legal de la empresa INVERSIONES AKININA S.A.S. al pago de vacaciones causadas y no disfrutadas, prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por no consignación a las cesantías, aportes a seguridad social en pensiones con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a través de cálculo actuarial correspondiente a los periodos dejados de cotizar, indemnización por despido sin justa causa contemplado en el artículo 64 del CST, horas extras durante todo el periodo laborado, subsidio familiar dejados de percibir por sus dos hijos, al pago de 6 meses de salario de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo que resulte probado ultra y extra petita, a que las sumas adeudadas sean debidamente indexadas, al pago de costas y agencias en derecho; que se ordene a que los demandados perdieron la suma de entregada a la demandante de \$2.000.000, a través del contrato de transacción firmado el 19 de octubre de 2016, por ser nulo y violar el artículo 53 de la Constitución Política.

De manera subsidiaria, solicitó como pretensiones que en caso de considerarse que el despido sí produjo efectos, pero carece de justa causa por encontrarse inmersa en la protección de debilidad manifiesta, se condene a la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (f° 1 a 5, carpeta 01, carpeta 1 instancia, expediente digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 5 a 7, carpeta 01, carpeta 1 instancia, expediente digital), señaló en síntesis, que inició a laborar el 18 de

noviembre de 2013, como auxiliar de servicios generales en donde fungía como empleadores los señores Édgar Francisco Fuentes Mera en calidad de propietario y empleador, y la señora Rossmid Emedida Vargas Martínez como representante legal de la empresa INVERSIONES AKININA S.A.S.; que durante la vigencia de la relación laboral prestó sus servicios como auxiliar de servicios generales en el establecimiento de comercio gimnasio SMART GYM; que el salario pactado inicial fue de \$650.000; que la labores que debía realizar consistían en aseo y limpieza.

Indicó que, durante el vínculo contractual fungieron como jefes los señores Édgar Francisco Fuentes Mera y la señora Rossmid Emedida Vargas Martínez, de quienes recibía órdenes e instrucciones; que durante su permanencia en la empresa percibió como salario los siguientes valores:

Vigencia	Salario mensual
2013	\$ 650. 000.00
2014	\$ 650. 000.00
2015	\$ 650. 000.00
2016	\$ 682. 800.00

Sostuvo que, durante la prestación del servicio, no recibió auxilio de transporte, no fue afiliada al Sistema General de Seguridad Social y que recibió su último salario el 12 de julio de 2016. Además, afirmó que durante el año 2014, sufrió varias caídas en el lugar de trabajo debido a la oscuridad de la habitación y el suelo del gimnasio; que el 9 de marzo de 2015, se enfermó con malestar general, dolor de cabeza, fiebre y desánimo, y fue atendida por la EPS Salud Capital en el régimen subsidiado; que ese mismo día presentó una caída por las escaleras golpeándose la columna, espalda, cabeza y manos, reintegrándose el día 10 de mayo de 2015.

Narró que, en el mes de enero de 2016, se enfermó su hijo, por lo que no fue a laborar dos días, los cuales le fueron descontados; que el día 20 de abril de 2016, nuevamente acudió a los servicios médicos por presentar cefalea y sensación de decaimiento, pero no se le entregó incapacidad por pertenecer al régimen subsidiado.

Arguyó que, recibió por parte del señor Édgar Francisco Fuentes Mera los salarios correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 2016, de los cuales no pudo trabajar por su estado crítico de salud; que fue despedida sin justa causa el 12 de julio de 2016, encontrándose incapacitada y en tratamiento médico.

Por último, señaló que el día 19 de octubre de 2016, se firmó un contrato de transacción con el empleador, violándose el artículo 53 de la CN, al renunciar a derechos cierto e indiscutibles.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación contestó negando la existencia de un contrato de trabajo con la demandante. En cambio, afirmó que la actora trabajó para la sociedad en el establecimiento comercial SMART GYM a partir del 1 de diciembre de 2013, bajo un contrato de prestación de servicios para llevar a cabo actividades de aseo general, contrato que fue suscrito con la señora Rossmid Emedida Vargas Martínez en su calidad de representante legal de la empresa accionada, advirtiendo que el señor Édgar Francisco Fuentes Mera no fungía como empleador, ya que era el administrador del establecimiento de comercio. Aceptó que el último pago que se le reconoció a la demandante como contraprestación de sus servicios fue el 12 de julio de 2016, a pesar de que había dejado de prestar sus servicios desde el 5 de abril de esa calenda. Con relación a la remuneración percibida, indicó ser ciertas las sumas señaladas en la demanda, aclarando que lo pagado no fue en calidad de trabajadora; frente a los demás hechos, manifestó no ser ciertos.

Como medio de defensa, propuso las excepciones de fondo denominadas, inexistencia de causa, lo cual conduce a un fallo absolutorio en favor de la sociedad, inexistencia de la obligación e imposibilidad jurídica de deducir obligaciones y responsabilidades a la demandada, inexistencia del derecho pretendido, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe, desconocimiento de los actos propios, transacción y genérica (carpeta 03, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Mediante auto del 29 de abril de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte del demandado Édgar Francisco Fuentes Mera (archivo 04, carpeta 1 instancia, expediente digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de agosto de 2021 (archivos 12 a 14, carpeta 1 instancia, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a los demandados ÉDGAR FRANCISCO FUENTES MERA e INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por GLORIA VÁSQUEZ TORRES. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio el Despacho, se considera relevado del estudio de las propuestas.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$250.000, en favor de cada uno de los demandados.

Para fundamentar su decisión, afirmó que la demanda pretendía establecer que existía una relación laboral entre la demandante y el señor Édgar Francisco Fuentes Mera, como propietario del establecimiento de comercio SMART GYM. Sin embargo, según las pruebas que militaban en el informativo, era claro que el establecimiento no era propiedad del señor Édgar Francisco Fuentes Mera, sino de la empresa INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación, sociedad frente a la cual la parte actora no reportaba como empleadora. Preciso que, si bien era cierto que el CST indicaba que para deducir la existencia de un contrato de trabajo era necesario demostrar la actividad personal del trabajador y su subordinación continua, en este caso no se había demostrado que el señor Édgar Fuentes tuviera la condición de empleador, ya que no era dueño del establecimiento de comercio SMART GYM en donde la señora Gloria Mercedes prestó sus servicios, en ese sentido las pretensiones de la demanda carecían de vocación de prosperidad.

Argumentó que, en las pretensiones condenatorias se pedía fuera condenada a la señora Rossmid Emedida Vargas Martínez como representante legal de INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación, lo que contradecía las pretensiones declarativas del mismo escrito introductor en las que se solicitaba la existencia de un contrato laboral con el señor Édgar Francisco Fuentes Mera y solidariamente contra la señora Rossmid Emedida Vargas Martínez en su calidad de representante legal de INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación; que debido a esas incongruencias el Despacho no tenía la capacidad de interpretar adecuadamente lo que realmente se pretendía con la demanda, ni podía concebir pretensiones diferentes a las que se habían propuesto.

Acotó que, era evidente que las relaciones contractuales que se ejecutarán en contra del establecimiento de comercio SMART GYM necesariamente debían ser imputadas a la sociedad comercial ya reseñada, circunstancia que no se hacía en el acápite de pretensiones de la demanda, pues al parecer, en los términos en que se encontraba redactada, lo que se perseguía era que fueran condenadas a las personas naturales en condición de empleadores y no como propietarios de un establecimiento comercial, cuando en la realidad existía una persona jurídica que ostentaba tal propiedad sobre dicho establecimiento. En ese entendido, no era apropiado acceder a alguna de las pretensiones solicitadas por la parte accionante debido a que carecían de respaldo fáctico y jurídico que las respaldará.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que el fallo no había tenido en cuenta el material probatorio en donde había quedado demostrado que la señora Gloria Mercedes había sido contratada por los demandados el 18 de noviembre del año 2013 y despedida el día 12 de julio del año 2016, estando incapacitada y enferma, sin que se solicitara por parte del empleador permiso ante el Ministerio de Trabajo para su despido.

Refirió que, a través de los interrogatorios de parte llevados a cabo por el Juez se afirmó que el señor Édgar Francisco y la empresa INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación representada por su esposa, la señora Rossmid Emedida Vargas Martínez, habían despedido a la demandante sin justa causa. Asimismo, se había evidenciado de la sentencia recurrida que el *a quo* no había valorado los testimonios de los trabajadores Mercedes Martínez, Johan Darío Velázquez y Liliana Marcela Ángel Velásquez, quienes habían sido contundentes en señalar el horario que cumplía la demandante, la subordinación que tenía respecto al señor Édgar Francisco y la señora Rossmid Emedida Vargas Martínez y el hecho de que había adelantado su trabajo personalmente en servicios generales y de aseo, igualmente se encontraba demostrado el salario devengado, los cuales eran cancelados directamente por los demandados, que no le habían pagado horas extras, ni había sido afiliada a ninguna EPS, ni fondo de cesantías, como tampoco que se le había entregado su liquidación final y dotación.

CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso en estricto sentido a lo que fue materia de alzada, acorde con las inconformidades planteadas por el apelante.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con el recurso de alzada corresponde está Sala de decisión establecer: **i)** si existió una relación laboral dependiente y subordinada con alguna de las partes demandadas, o si, por el contrario, lo que existió fue un contrato de prestación de servicios, ejecutado de forma autónoma e independiente por la demandante y regido por normativas ajenas al derecho laboral; **ii)** en caso positivo, se determinará el ingreso base de liquidación de las acreencias laborales y si hay lugar al reajuste salarial pretendido; **iii)** si procede el reconocimiento de las acreencias laborales reclamadas por la demandante, previo a verificar la excepción de

prescripción; **iv)** si debe declararse la nulidad del acuerdo de transacción suscrito con la empresa demandada; **v)** si hay lugar a las indemnizaciones solicitadas; **vi)** si la actora es destinataria de la estabilidad laboral reforzada; y **vii)** si debe declararse probada la excepción de compensación.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, la señora Rossmid Emedida Vargas Martínez funge como gerente y representante legal de la sociedad INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación; **ii)** que figura matriculado en el certificado de Cámara de Comercio de Bogotá de INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación el establecimiento de comercio SMART GYM (f° 20 a 26, archivo 02, carpeta 03, carpeta 1 instancia, expediente digital); **iii)** que la señora Gloria Mercedes Vásquez Torres suscribió con la señora Rossmid Emedida Vargas Martínez en su calidad de representante legal de la sociedad INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación contrato de prestación de servicios para realizar las funciones de aseo general de las instalaciones del gimnasio SMART GYM; **iv)** que entre la señora Gloria Mercedes Vásquez Torres y la señora Rossmid Emedida Vargas Martínez en su calidad de representante legal de la sociedad INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación, suscribieron un acuerdo de transacción el 19 de octubre de 2016.

i) Existencia del contrato laboral

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece: «*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*». Así pues, le basta al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

En el presente asunto, no cabe duda que la señora Gloria Mercedes Vásquez Torres prestó sus servicios personales en el establecimiento de comercio SMART GYM de propiedad de la sociedad INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación; no obstante, el Juez de primera instancia no dio aplicación a la presunción establecida en el citado artículo 24 del CST, al considerar que las pretensiones de la demanda fueron dirigidas únicamente contra el señor Édgar Francisco Fuentes Mera como propietario del establecimiento de comercio SMART GYM, aspecto que no se encontraba acorde a la realidad teniendo en cuenta que dicho establecimiento de comercio es de propiedad de INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación, no siendo vinculada tal

sociedad en esa calidad, sino que la demanda se había dirigido en contra de la señora Rossmid Emedida Vargas Martínez en su calidad de representante legal de INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación, para que respondiera de manera solidaria, arguyendo el sentenciador de primer nivel que no era posible dar interpretación a lo que realmente se pretendía en la demanda al existir incongruencia entre las pretensiones, pues no era claro si lo que se buscaba era que fueran condenados los señores Édgar Francisco Fuentes Mera y Rossmid Emedida Vargas Martínez como personas naturales.

Bajo tales precisiones, considera esta Colegiatura que los argumentos esbozados por el *a quo* no resultan de recibo, pues si bien es cierto que la parte actora no dirigió de manera correcta la demanda contra los sujetos procesales a los que realmente prestó sus servicios personales, lo que bien pudo haber sido objeto de inadmisión por parte del juez de primer nivel para que se aclarara tal aspecto, lo cierto es que del material probatorio arrimado al expediente se extrae con claridad en que en efecto existió un vínculo contractual con la sociedad INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación, sociedad que es dueña del establecimiento de comercio SMART GYM en donde fungía como administrador el señor Édgar Francisco Fuentes Mera, tal y como expresamente se reconoció en la contestación de la demanda por parte de dicha sociedad, de manera que con dichas probanzas el fallador de primer grado debió dar lugar a la presunción legal del artículo 24 del CST con la demandada INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación, al encontrarse vinculada al proceso y haber ejercido su derecho de defensa y contradicción.

Aunado a ello, téngase en cuenta que el mismo Juez ya había dado interpretación a la demanda al momento de ser admitida como se observa en el auto de fecha 11 de abril de 2019 (archivo 2, carpeta 01, carpeta 1 instancia, expediente digital), pues allí fue admitida contra Édgar Francisco Mera e INVERSIONES AKININA S.A.S., de suerte, que no se tuvo como demandada a la señora Rossmid Emedida Vargas como persona natural; tanto así que fue la misma empresa INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación quien dio contestación al escrito introductor, de donde claramente se colige que la mencionada sociedad fue vinculada formalmente como parte demandada al presente proceso, sin que frente a ello se hubiese dado discusión alguna por la misma.

Respecto a la cuestión anteriormente planteada, ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que si el Juez al momento de dictar sentencia encuentra una demanda que no ofrezca precisión y claridad, está en la obligación de

interpretarla para desentrañar el verdadero alcance e intención del actor, señalando la alta Corporación en sentencia CSJ SL, 14 feb. 2005, rad. 22923, lo siguiente:

Desde antaño, es jurisprudencia adoctrinada que cuando el juez al momento de dictar sentencia se encuentra ante una demanda que no ofrezca la precisión y claridad debidas, bien por la forma como aparecen las súplicas, ora en la exposición de los hechos, también en los fundamentos de derecho, o en las unas y en los otros, está en la obligación de interpretarla para desentrañar el verdadero alcance e intención del demandante, al formular sus súplicas, para lo cual debe tener muy presente todo el conjunto de ese libelo, sin que pueda aislar el petitum de la causa petendi, buscando siempre una afortunada integración, por cuanto los dos forman un todo jurídico; y además si es necesario para precisar su auténtico sentido y aspiración procesal, tener en cuenta las actuaciones que haya desarrollado el actor en el trámite del proceso, lo cual debe observar celosamente el instructor judicial a manera de saneamiento, a efecto de evitar una nulidad o una decisión inhibitoria con grave perjuicio para los litigantes y talanquera infranqueable para que se llegue a la norma individual constituida con la sentencia de fondo, lo que choca con el deber ser de la administración de justicia.

Pero la labor interpretativa no puede ser ni mecánica ni ilimitada, siempre deberá dirigirse a consolidar su naturaleza y los fines que se buscan con la demanda, sobre todo en casos donde se presenta de manera oscura e imprecisa, haciendo que surja lo racional y lógico de la pretensión querida por el demandante, sin ir a caer en exigencias extravagantes, bien de datos, factores o circunstancias que no son indispensables para determinar el alcance de la pretensión deseada con amparo en la Constitución y la ley.

Es que hoy más que nunca se debe ser objetivo en la contemplación de la demanda introductoria del proceso y es cuando la labor del juez dispensador del derecho debe estar siempre dirigida a desentrañar no sólo el sentido, alcance o el propósito del precepto jurídico portador del ritual y el derecho, sino también el entendimiento cabal de la conducta del sujeto de derechos que ha venido a la jurisdicción en procura de una tutela oportuna de los mismos, que en el desarrollo de la justicia social es de trascendental importancia.

Por ello al encargado de administrar justicia, se le atribuye como misión ineludible interpretar los actos procesales y extraprocesales que se relacionen en cada litigio que se le asigne por competencia, a efecto de aplicar con acierto las disposiciones legales y constitucionales que regulen la materia puesta a su disposición, para una solución adecuada y justa.

Así las cosas, cuando la demanda no ofrece claridad y precisión en los hechos narrados como pedestal del petitum, o en la forma como quedaron impetradas las súplicas, tiene dicho tanto la jurisprudencia como la doctrina, que para no sacrificar el derecho sustancial, es deber del fallador descubrir la pretensión en tan fundamental pieza procesal y tratar de borrar las imprecisiones, lagunas o vaguedades que en principio quedan exteriorizadas. Con razón se ha dicho que **“ la torpe expresión de las ideas no puede ser motivo de repudiación del derecho cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición de ideas del demandante”**, lo cual no es más que la protección de los principios que orientan la observancia del derecho sustancial por encima de las formas, dentro del marco del debido proceso a que se contraen los artículos 29, 228 y 230 de la carta mayor. (Casación Civil del 12 de Diciembre de 1936. T. XLVII. Pag. 483). (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Al analizarse los elementos de convicción que hacen parte del presente proceso, no cabe duda como bien ya se dijo que se encuentra acreditada la operancia de la presunción del antedicho artículo 24 CST frente a la empresa INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación, siendo obligación de dicha accionada desvirtuar la

existencia de un contrato laboral, probando que la relación que los ató fue a través de un contrato de prestación de servicios, cabe recordar cómo bien se dijo inicialmente que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador; por lo tanto, es a este a quien le corresponde desvirtuarlo, tal y como lo ha tenido por sentado la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia CSJ SL1439-2021, en la cual señaló:

A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.

Agregó, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la sentencia citada, algunos indicios para la determinación de la relación de trabajo subordinada, indicando:

La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.º 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)¹.

En ese orden de ideas, procede la Sala a verificar el caudal probatorio a fin de verificarse las condiciones en que se ejecutó el contrato suscrito entre las partes, a fin de establecer si en efecto la actora se encontraba bajo subordinación de la empresa INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación.

Revisadas las pruebas recaudadas dentro del proceso, se observa que declararon en interrogatorio de parte el señor Édgar Francisco Fuentes Mera y las señoras Rossmid Emedida Vargas Martínez y Gloria Mercedes Vásquez, quienes manifestaron:

El señor **Édgar Francisco Fuentes Mera** sostuvo que la señora Gloria Vásquez comenzó a llevar a cabo sus actividades dentro del gimnasio SMARTGYM a partir del mes de diciembre de 2013, a través de un contrato de prestación de servicios; que las instrucciones que se le dieron para prestar dicho servicio fue la de hacer el aseo general dentro de las instalaciones del gimnasio; que no tenía un horario determinado, sino que se le había pedido el favor que realizará la prestación entre las 2:00 p.m. y 10:00 p.m. de lunes a viernes; que nunca fungió como empleador, teniendo en cuenta que era el administrador del gimnasio; que al momento de suscribir el contrato de prestación de servicios la demandante informó que estaba afiliada al SISBEN; que el contrato terminó en el momento en que la señora Gloria decidió hacerlo, ya que para abril del año 2016, debido a sus dolencias físicas no volvió a realizar la actividad, pero se le siguió cancelando el valor de lo pactado hasta el momento en que se suscribió el contrato de transacción en octubre de ese mismo año; que no tuvo conocimiento de que la señora Vásquez hubiera presentado accidente alguno mientras tuvo el vínculo contractual con el gimnasio; ya que nunca presentó incapacidades.

Precisó que, él se encargaba de darle indicaciones a la demandante en caso de que hubiera algo sucio en el gimnasio, instrucciones que también las hacía la administradora de la mañana; que los elementos de aseo eran suministrados a la señora Gloria por parte de la empresa; que para la retribución del servicio no se le exigió nada a la actora, es decir, no tenía que presentar ningún documento o cuenta de cobro y el pago se hacía cada 15 días.

Por otro lado, **Rossmid Emedida Vargas Martínez** adujo que la señora Gloria Vásquez comenzó a prestar sus servicios en el gimnasio SMARTGYM en diciembre de 2013; que el contrato que se suscribió con ella fue de prestación de servicios; que la retribución por dicho servicio se daba cada 15 días; que su remuneración mensual ascendía a una suma comprendida entre los \$650.000 a \$700.000; que no tenía impuesto un horario como tal, sino que prestaba sus servicios en horas de la tarde entre las 2:00 p.m. y 9:30 p.m.; que la actividad por la que fue contratada era para la limpieza del gimnasio de un piso y medio; que durante ese periodo no se le hizo un reajuste a la remuneración percibida porque dependía de las horas que prestara el servicio; que la señora Vásquez dejó de realizar la actividad desde abril de 2016; que

nunca presentó incapacidad médica, ni le fue exigida; que a veces dejaba de asistir y decía que era por temas médicos.

Argumentó que, debido a que la señora Gloria dejó de prestar sus servicios en abril de 2016, se le siguió pagando sus honorarios hasta julio de 2016; sin embargo, necesitaban a alguien que realizará las actividades que efectuaba la actora, por lo que decidieron ofrecerle un dinero alrededor de \$4.000.000; que correspondía una parte a los honorarios ya reconocidos durante el tiempo en que había dejado de prestar sus servicios, más otro dinero que se pagó con la celebración del contrato de transacción; relató que el señor Édgar Francisco Fuentes Mera es su esposo, quien era el administrador de gimnasio; que la demandante prestó sus servicios en el gimnasio SMART GYM establecimiento de propiedad INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación; que el señor Édgar Francisco Fuentes Mera no tiene ninguna participación en la sociedad INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación, siendo ella la única accionista.

La demandante **Gloria Mercedes Vásquez Torres** relató que llegó a prestar sus servicios en el gimnasio SMART GYM, porque sus hermanos eran oficiales de construcción y por medio de ellos llegó a trabajar en dicho lugar; que inició el 18 de noviembre de 2013; que el 1 de diciembre de 2013, el señor Édgar Francisco Fuentes Mera le dio un contrato de prestación de servicios para qué lo firmará, el cual se renovaba cada 6 meses; que cuando ingresó el señor Édgar Francisco Fuentes Mera le dijo que a partir de los 3 meses siguientes la iba a afiliar a todo lo de ley, recibiendo inicialmente un sueldo de \$650.000; que apenas comenzó la labor trabajó en la mañana y en la tarde con otra compañera, y una vez se inauguró el gimnasio comenzó a laborar de 2:00 p.m. a 10:00 p.m. de lunes a viernes, los sábados de 7:00 a.m. a 3:00 p.m. y domingos y festivos de 8:00 a.m. a 12:00 p.m.

Acotó que, el contrato de prestación de servicios fue firmado con la señora Rossmid Emedida Vargas; afirmó que en alguna oportunidad le manifestó al señor Édgar Francisco su inconformidad por la no afiliación al Sistema de Seguridad Social, pero que seguía laborando en el gimnasio por la necesidad que presentaba para el momento; que los pagos por sus servicios los realizaba la señora Zaida Milena y el señor Édgar Francisco de manera quincenal; que cuando eran días festivos le pagaban un poco más, pero no era mucho; que trabajaba los fines de semana cada 15 días; que firmó un contrato de transacción con la señora Rossmid Emedida Vargas y Édgar Francisco; que en ese momento le fue entregada la suma de \$2.500.000, y el resto de la suma tranzada fue descontado del tiempo que estuvo incapacitada y que

le fueron pagados los salarios; que el señor Édgar era quien programaba los turnos; que los elementos de aseo eran suministrados por don Édgar y la señora Rossmid Emedida.

Igualmente se recibieron los testimonios de Sara Mercedes Martínez, Liliana Marcela Ángel Velásquez y Johan Darío Vásquez a favor de la parte actora, y a Sayda Milena Vargas Martínez y Yenny Yohana Fandiño Quimbay a favor de INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación.

La señora **Sara Mercedes Martínez Herrera** manifestó que es cuñada de la señora Gloria Vásquez; que trabajó para INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación; que fueron compañeras de trabajo desde el 18 de noviembre de 2013, al 2016; que realizaba la misma labor que la señora Gloria; que al momento de ser vinculada la demandante firmó un contrato de prestación de servicios para realizar el aseo del gimnasio; que por dicho servicio le pagaban \$650.000 mensuales; que ello le consta porque también percibía la misma suma como contraprestación de sus servicios; que para realizar su labor necesitaban implementos de aseo y uniforme; que la Secretaria del gimnasio era quien les daba plata para comprarlos; que la razón por la que dejó de prestar sus servicios la demandante, fue porque se cayó y a partir de ese momento se puso muy enferma y don Édgar decidió despedirla; que tiene conocimiento que al momento del despido pactaron una suma de \$4.500.000, del cual solo le dieron \$2.500.000; que le consta porque vio cuando la mamá de la demandante reclamaba el dinero o la misma señora Gloria le mostraba los recibos que firmaban e igualmente el señor Édgar se lo comentó; que las instrucciones para realizar la labor eran impartidas por el señor Édgar, quien también señalaba que era el propietario del gimnasio con su esposa; que las labores que realizaba la demandante se hacían en horas de la tarde.

Liliana Marcela Ángel Velásquez señaló que conoció a la demandante en el gimnasio cuando se inscribió allí en el año 2015, siendo la señora Gloria la encargada de realizar el aseo de dicho establecimiento; que usualmente iba en las noches o a veces los sábados en horas de la mañana y solía ver a la actora haciendo el aseo; que la vio como hasta el año 2016, cuando ella le comentó que se había rodado por las escaleras y había quedado lesionada; que conoció por versión de la demandante que no le pagaban lo de ley y que vía telefónica le dijo que había sido despedida; que tenía conocimiento que las instrucciones para realizar la labor eran dadas por el señor Édgar, que era la persona encargada del gimnasio y quien decía que era el dueño.

Johan Darío Vásquez Martínez refirió que es sobrino de la demandante, sostuvo que trabajo directamente con el señor Édgar en el gimnasio para realizar unas remodelaciones locativas en diciembre de 2014 y 2015; que la señora Gloria fue contratada para realizar oficios varios, sobre todo los relacionados con el aseo; que no tiene conocimiento de las fechas puntuales en que la accionante realizó la labor, porque él prestó sus servicios por temporadas; que la demandante realizaba sus laborales en horas de la tarde por lo que casi no se veían; que tuvo conocimiento que la señora Gloria tuvo una caída en el trabajo, pero nunca fue llevada a un centro médico; que don Édgar solo le daba para los medicamentos y le decía que se tomará el día; que estuvo presente el día en que la señora Gloria se cayó de las escaleras del gimnasio, ya que en ese momento se encontraba realizando las remodelaciones contratadas dentro del establecimiento comercial.

Jenny Johana Pandiño indicó que conoció a la demandante porque laboraron la misma empresa INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación; aseguró la testigo que ingresó a dicha empresa en el año 2015, para realizar la labor de asesora comercial; que trabajo con la actora como unos 3 meses, porque después ella se incapacitó; que la señora Gloria Vásquez trabajaba en servicios generales haciendo el aseo en el gimnasio SMART GYM; que no tiene conocimiento de las razones de la incapacidad que tuvo la señora Vásquez; que para ese momento todos se encontraban vinculados con el gimnasio por contrato de prestación de servicios; que las instrucciones las realizaban los administradores Zaida Milena y el señor Édgar, y también eran ellos quienes le pagaban; que los contratos estaban suscritos con INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación.

Zaida Milena Vargas Martínez señaló que laboró en el gimnasio SMART GYM como administradora en horas de la mañana desde diciembre de 2013, hasta diciembre de 2019; momento en que tuvo la oportunidad de conocer a la demandante quien fue vinculada al gimnasio a partir del 1 diciembre de 2013, y quien prestó sus servicios hasta el mes de abril de 2016, pero que a pesar de haber dejado de ir se le siguió remunerando los servicios por 3 meses más, ello debido a que la señora Gloria manifestaba que se encontraba enferma; que la demandante fue vinculada mediante contrato de prestación de servicios; que el pago era cada 15 días por las horas laboradas; que la señora Vásquez recibía entre \$650.000 a \$700.000 mensuales; que las instrucciones eran realizadas por ella o por el señor Édgar para realizar los servicios de aseo del gimnasio; que para realizar esa actividad ellos le suministraban los materiales que necesitaba; que el servicio era prestado por la señora Vásquez entre 2:00 p.m. a 9:00 p.m. de lunes a viernes y cada 15 días los sábados de 7:00 a.m.

a 3:00 p.m. y los domingos de 8:00 a.m. a 12:00 p.m.; que la razón por la que dejó de prestar los servicios fue porque ella les manifestó que se le estaba subiendo la tensión y que le iban a hacer una cirugía, dejando de ir desde abril de 2016.

Adujo que, posteriormente a la fecha antes mencionada la representante del gimnasio la llamó para que llegaran a un acuerdo y firmaran un contrato de transacción; que el gimnasio siguió pagándole a la demandante después de abril de 2016, de buena fe esperando que ella se recuperará porque sabían que necesitaba el trabajo y tenía niños pequeños; que dentro del valor tranzado se incluyeron los 3 meses reconocidos por el gimnasio en los que la actora no prestó sus servicios y adicionalmente se le pagó la suma de \$2.500.000; que ese acuerdo de transacción se firmó con INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación, lo cual le consta porque estuvo el día en que se suscribió.

De las declaraciones e incluso de los interrogatorios de parte rendidos por Édgar Francisco Fuentes Mera y Rossmid Emedida Vargas Martínez, como representante legal de la sociedad demandada, se colige sin lugar a dudas, la existencia de un contrato de carácter laboral entre la señora Gloria Mercedes Vásquez Torres y la empresa INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación, ello teniendo en cuenta que la labor por la que fue contratada la demandante y que consistía en realizar los servicios de aseo dentro de las instalaciones del establecimiento de comercio SMART GYM de propiedad de dicha empresa, resulta ser una actividad que no se muestra que pudiera ser independiente, ni autónoma, pues este tipo labores por regla general se encuentran supeditas a la subordinación de quien los contrata, tal y como se pudo demostrar con las afirmaciones hechas por los testigos y por los absolventes en los interrogatorios de parte, quedando acreditado que a la señora Gloria Vásquez se le imponía un horario, recibía órdenes por parte de los administradores del gimnasio, así como eran quienes supervisaban la actividad realizada y otorgaban el suministro de los materiales para la ejecución de la labor; asimismo, se reconoció por el mismo señor Édgar Fuentes que no se exigía cuentas de cobro para el pago de los servicios prestados, característica propia del contrato de prestación de servicios. En ese sentido, se declarará la existencia de un contrato laboral entre la señora Gloria Mercedes Vásquez y la empresa INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación.

En cuanto a los **extremos de la relación laboral**, refiere la parte actora en el escrito de demanda que el extremo inicial correspondió al 18 de noviembre de 2013, data que también refirió la testigo Sara Martínez como inicio de las laborales por parte de la señora Gloria; sin embargo, no existe soporte que de cuenta que en efecto esa fue la fecha de iniciación de las actividades, pues los demás declarantes afirmaron no

tener certeza sobre la fecha inicial en que se desarrolló la actividad; por el contrario, se encuentra dentro del informativo copia del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes en las que da cuenta que el contrato inició el **1 de diciembre de 2013** (f° 6, archivo 02, carpeta 02, carpeta 1 instancia, expediente digital), por lo que será esta la fecha que se tendrá como extremo inicial y como de finalización el **12 de julio de 2016**, como se solicitó en la demanda y que corresponde a la fecha en la que se pagó el último salario por parte de la accionada, tal y como fue reconocido por la demandada en su contestación.

ii) Del ingreso base de liquidación de las acreencias laborales y reajuste salarial

Indicó la parte actora en el escrito demandatorio, que el salario percibido entre el 2013 a 2015 fue de \$650.000, y para el año 2016 de \$682.000, valores que no fueron discutidos por la contraparte; empero, pretende la accionante le sea reconocido el aumento de dichos salarios comoquiera que durante la vigencia contractual no se tuvo en cuenta los incrementos salariales dispuestos por el Gobierno Nacional. Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha enseñado que en los casos de contratos de trabajo particulares en los que se devenga más del salario mínimo legal mensual vigente, dichos aumentos deben darse por acuerdo entre las partes, no correspondiéndole al Juez Laboral tomar ninguna decisión al respecto; así se dijo en la sentencia CSJ SL1072-2021, donde se sostuvo:

*Por lo tanto, la Corte debe determinar si los trabajadores vinculados a través de un contrato de trabajo, **que como es el caso de los actores, devenguen un salario superior al mínimo legal mensual, tienen derecho a la actualización periódica de aquel.***

Previamente, es preciso señalar que conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sala (CSJ SL 15046, 13 mar. 2001, CSJ SL 43649, 21 sep. 2010, CSJ SL 46855, 1º feb. 2011, CSJ SL 40384, 15 mar. 2011, CSJ SL 47587, 12 abr. 2011 y CSJ SL427-2013) las disposiciones que, en materia de ajustes salariales, consagra la Ley 4ª de 1992, solo son aplicables a los empleados públicos de la rama ejecutiva nacional, empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral, la Contraloría General de la República, miembros del Congreso Nacional o miembros de la Fuerza Pública, calidad que no tuvieron los demandantes, tal y como lo adujo el Tribunal.

*Ahora, en relación con la actualización del salario en el caso de los servidores vinculados a través de un contrato de trabajo, como en el sub lite, en principio, **esta Corporación ha adoctrinado que tal asunto debe ser objeto de acuerdo entre las partes vinculadas en la relación laboral, individual o colectivamente consideradas y, que por lo tanto, no le corresponde al juez laboral tomar ninguna decisión al respecto, así se presente un desequilibrio cuando transcurre un período y el salario se mantiene estático, pese a que el índice de precios al consumo aumente en dicho lapso; excepto cuando se trata de un trabajador que devengue el salario mínimo legal o existe una disposición contractual que así lo***

establezca.

Ese criterio se configuró a partir de los siguientes argumentos: **(i) que las solicitudes de ajustes salariales no corresponden a un conflicto de orden jurídico sino económico que está excluido expresamente del conocimiento de la jurisdicción laboral; (ii) que no existe norma en el ordenamiento jurídico que obligue a un empleador a actualizar el salario de los trabajadores vinculados por contrato de trabajo; y (iii) que el artículo 53 de la Constitución Política en relación con la remuneración mínima vital y móvil, trasladó a la ley la regulación de dicho principio, desarrollo que no se ha dado.** Así se ha sintetizado, entre otras, en las siguientes providencias de la Sala: CSJ SL 15046, 13 mar. 2001; CSJ SL 33420, 27 ene. 2009; CSJ SL 33825, 10 feb. 2009; CSJ SL 36894, 16 mar. 2010; CSJ SL 38947, 1º feb. 2011; CSJ SL 46922, 1.º mar. 2011; CSJ SL427-2013; CSJ SL3933-2014; CSJ SL7384-2014; y CSJ SL18004-2017. Precisamente, en este último fallo donde otro grupo de demandantes accionó contra la misma entidad aquí demandada, la Sala al rememorar la sentencia CSJ SL 46855, 1º feb. 2011 así reflexionó:

[...]

Ahora, ya más recientemente, con referencia al mismo tema esta Sala volvió a pronunciarse dentro de la sentencia CSJ SL4260-2020, jurisprudencia que se encuentra fundada en un estudio más actualizado, cuya reproducción se realiza in-extenso dada su pertinencia, relevancia y completitud para la resolución del presente recurso, en la citada decisión así enseñó la Corte:

[...] La posición de la Corte Suprema respecto de discusiones salariales diferentes a la del mínimo legal

La Corte ha sostenido de tiempo atrás que la discusión sobre ajustes, aumentos o incrementos salariales distintos al del salario mínimo legal, escapa a la órbita de competencia del juez del trabajo, en tanto se trata de un conflicto de tipo económico, propio de otros escenarios, y no de tipo jurídico, que es el que corresponde dirimir a los jueces, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.º del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, bajo el entendido general de que las competencias judiciales son regladas.

La exclusión específica del conocimiento de conflictos de tipo económico encuentra asiento en lo dispuesto en el art. 3.º del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, que en armonía con lo señalado en los artículos 1.º y 2.º, todos ellos pertenecientes al capítulo de jurisdicción, de manera expresa sustraen de la jurisdicción ordinaria laboral los conflictos económicos entre trabajadores y empleadores, los cuales, indica la norma inicialmente mencionada, se continuarán adelantando de conformidad con las leyes especiales sobre la materia.

Amén de lo anterior, ha manifestado la Corporación en diversas providencias que no existe norma legal específica que obligue a los empleadores a decretar reajustes, aumentos o incrementos salariales, por encima del ordenado para el salario mínimo legal y, por ende, tampoco cuenta el juez laboral con dicho apoyo normativo para edificar una condena en esa dirección.

Así se sostuvo, por ejemplo, entre otras, en las sentencias: CSJ SL, 05 nov. 1999, rad. 12213; CSJ SL, 13 mar. 2001, rad. 15406; CSJ SL, 20 mar. 2002, rad. 17164; CSJ SL, 14 feb. 2007, rad. 27223; CSJ SL, 27 mar. 2007, rad. 30377; CSJ SL, 20 may. 2008, rad. 26291; CSJ SL, 27 en. 2009, rad. 33420; CSJ SL, 03 may. 2011, rad. 42414 y CSJ SL882-2013.

Finalmente, en la sentencia CSJ SL18004-2017 la Corporación hizo un recorrido jurisprudencial exhaustivo sobre el tema, en donde quedó plasmada in extenso la posición que ahora se cuestiona. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

A fin de determinarse si le asiste derecho a la demandante al reajuste pretendido, se tiene que para el año 2013, el salario mínimo correspondía a la suma de \$589.500, para el año 2014, de \$616.000, para el año 2015 de \$644.350 y para el año 2016, de \$689.455, por lo que al haberse reconocido como remuneración mensual la suma de \$650.000, entre los años 2013, al 2015, se entiende que devengaba más del SMLMV, por lo que no había lugar a reajuste alguno de acuerdo al criterio jurisprudencial anteriormente señalado; respecto al año 2016, se reconoció como salario mensual devengado la suma de \$682.000, valor inferior al SMLMV para dicha data, por lo que sobre este año deberá la demandada INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación pagar la diferencia sobre el valor pagado, que correspondía mensualmente en \$7.455, para un total de **\$89.460**.

Aclarado lo anterior, el ingreso base de liquidación de las acreencias laborales para los años 2013, a 2015 es de \$650.000, y para el año 2016, de \$689.455.

iii) Análisis de la procedencia de las acreencias laborales

Acreditado como se encuentra la existencia del contrato de trabajo entre la señora Gloria Mercedes Vásquez Torres y la Sociedad Inversiones Akinina S.A.S., en los extremos temporales antes indicados, así como el salario percibido por la trabajadora, resulta procedente el reconocimiento de las prestaciones sociales reclamadas por la parte actora; por lo tanto, previo a concretar las condenas por estos conceptos, debe analizarse si hay lugar a no a declarar la **excepción de prescripción**, de algunos de ellos.

Frente tal aspecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que los términos de prescripción de los derechos laborales se cuentan desde el momento en que cada uno se hizo exigible, como bien se precisó en sentencia SL2084-2023, en la que reseñó:

*Pues bien, los demandantes apelantes afirman que en este asunto no hay lugar a declarar el medio exceptivo dado que «la prescripción solamente comienza es cuando se declara el contrato laboral realidad»; sin embargo, ello no es admisible, pues la Corte tiene establecido que la declaración del contrato realidad tiene efectos declarativos y no constitutivos, de modo que **los términos de prescripción de los derechos laborales, conforme al artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se cuentan desde el momento en que cada uno se hizo exigible y no desde la ejecutoria de la sentencia que los declara** (CSJ SL 33784, 16 dic. 2009, CSJ SL3169-2014, CSJ SL13256-2015, CSJ SL13155-2016, CSJ SL 1785-2018 y CSJ SL2885-2019).*

Así las cosas, se advierte en el plenario que la demanda se radicó el **21 de marzo de 2019** (archivo 01, carpeta 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital) y la terminación del contrato se dio el **12 de julio de 2016**; por lo tanto, se tendrán por afectados los derechos laborales como la prima de servicios e intereses a las cesantías, causado con anterioridad al **21 de marzo de 2016**.

En cuanto a las vacaciones, ha dicho la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral que una vez causadas corre un periodo de gracia de un año, tal y como se precisó en sentencia CSJ SL467-2019, en la cual indicó: *«Ahora bien, de acuerdo con el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo, una vez causadas las vacaciones, corre un periodo de gracia de un año durante el cual el empleador debe señalar su época de disfrute «de oficio o a petición del trabajador»; lo que significa que al finalizar dicho lapso el derecho es exigible»*. Por consiguiente, frente a esta acreencia se declarará prescrita con anterioridad al **21 de marzo de 2015**.

Aclarado lo anterior, se procede a liquidarse las primas, vacaciones e intereses a las cesantías, así:

Tabla de Liquidación de Prima de Servicios				
Año	Formula	Valor salario	Días Laborados por periodo	Valor de las Prima de Servicios
2013	Salarios X días laborados	\$ 720.500,00	Prescritas	
	360			
2014	Salarios X días laborados	\$ 722.000,00		
	360			
2015	Salarios X días laborados	\$ 724.000,00		
	360			
2016	Salarios X días laborados	\$ 767.155,00	192	\$ 409.149,33
	360			
Valor de la prima de servicios				\$ 409.149,33

Tabla de Liquidación de vacaciones				
Año	Formula	Valor salario	Días Laborados por periodo	Valor de las Vacaciones
2013	Salarios X días laborados	\$ 689.455,00	Prescritas	
	720			
2014	Salarios X días laborados	\$ 689.455,00		
	720			
2015	Salarios X días laborados	\$ 689.455,00	360	\$ 344.727,50
	720			
2016	Salarios X días laborados	\$ 689.455,00	192	\$ 183.854,67
	720			
Valor de las Vacaciones				\$ 528.582,17

Tabla de Liquidación de Intereses a las cesantías				
Año	Formula	Valor d elas cesantías	Días Laborados por periodo	Valor de las Cesantías
2013	Valor Cesantias X días laborados	\$ 0,00	Prescritas	
	360			
2014	Valor Cesantias X días laborados	\$ 0,00		
	360			
2015	Valor Cesantias X días laborados	\$ 0,00		
	360			
2016	Valor Cesantias X días laborados	\$ 409.149,33	192	\$ 26.185,56
	360			
Valor de los intereses cesantías				\$ 26.185,56

Subsidio transporte

Establecen los artículos 2 y 5 de la Ley 15 de 1959, que son acreedores de este beneficio aquellos trabajadores que devenguen hasta dos SMLMV, a menos que: i) el trabajador viva en el mismo lugar de trabajo, o ii) si la empresa suministra gratuitamente el servicio de transporte, tal y como lo recordó la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL885-2021, en la que dijo:

En cuanto al auxilio deprecado, la Sala recuerda que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.º y 5.º de la Ley 15 de 1959, este beneficio legal tiene una destinación específica y está previsto para aquellos trabajadores que devenguen hasta 2 veces el salario mínimo legal, siempre y cuando: (i) el trabajador no resida en el mismo lugar de trabajo, es decir, cuando el traslado no le implica un costo o mayor esfuerzo, y (ii) la empresa no suministre gratuitamente y de manera completa el servicio de transporte (CSJ SL2169-2019).

Bajo el anterior contexto, a juicio de la Sala en este caso en particular era obligación del empleador suministrar a favor de la demandante el valor del auxilio de transporte al haber devengado menos de 2 SMLMV y no encontrarse dentro de las excepciones anteriormente planteadas; no obstante, al haberse propuesto la excepción de prescripción dicho emolumento también se encontraría afectado por tal fenómeno con anterioridad al 21 de marzo de 2016; en ese entendido la accionada a INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación adeuda a la demandante la suma de **\$341.880**, teniendo en cuenta que el valor del auxilio de transporte para el año 2016, era de \$77.700, como se ilustra a continuación:

Tabla del Subsidio de Transporte					
Año	Desde	Hasta	Valor Subsidio	No. Pagos	Valor pago anual
2013	1/12/2013	31/12/2013	\$ 70.500	Prescrito	
2014	1/01/2014	31/12/2014	\$ 72.000		
2015	1/01/2015	31/12/2015	\$ 74.000		
2016	21/03/2016	12/07/2016	\$ 77.700	5,0	\$ 388.500
Subsidio de transporte					\$ 388.500

Auxilio de cesantías

Frente a esta prestación se ha analizado vía jurisprudencial que las mismas son exigibles solo a partir de la finalización del contrato, como bien se recordó en sentencia CSJ SL3345-2021, en donde dijo:

En relación con esta prestación social, debe recordarse que si bien la ley dispone que su liquidación es anual, el término prescriptivo comienza a contabilizarse una vez finaliza la relación laboral, que es cuando se causa o se hace exigible (CSJ SL, 23 oct. 2012, rad. 41005, CSJ SL2885-2015 y CSJ SL697-2021). Por tanto, tal prestación no está afectada por el fenómeno extintivo.

Siguiendo el anterior derrotero, se tiene que en el presente caso tal prestación no se encuentra afectada por el fenómeno extintivo, ello teniendo en cuenta que el contrato finalizó el 12 de julio de 2016 y la demanda se instauró el 21 de marzo de 2019, así las cosas, la demandada deberá reconocer a la actora las siguientes sumas:

Tabla de Liquidación de cesantías				
Año	Formula	Valor salario	Días Laborados por periodo	Valor de las Cesantías
2013	Salarios X días laborados	\$ 720.500,00	30	\$ 60.041,67
	360			
2014	Salarios X días laborados	\$ 722.000,00	360	\$ 722.000,00
	360			
2015	Salarios X días laborados	\$ 724.000,00	360	\$ 724.000,00
	360			
2016	Salarios X días laborados	\$ 767.155,00	192	\$ 409.149,33
	360			
Valor de las cesantías				\$ 1.915.191,00

Horas extras

En consideración a este tipo de rubros tiene por sentado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, de manera pacífica, que la prueba del trabajo suplementario, dominical y festivo debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los horarios y días en que se ejecutó, sin que sea dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, de cálculos o suposiciones efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo, tal y como se recordó en sentencia CSJ SL3009-2017, en la que se indicó:

No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número

de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada.

Así las cosas, no se evidencia en el caso sub examine que la empresa demandada adeude valores por horas extras; y si bien se señaló por los testigos que la actora laboraba en horas de la tarde de 2:00 p.m. a 10:00 p.m. de lunes a viernes, dicha franja horaria no superaba el número de horas semanales permitido por la legislación colombiana; igualmente se tiene que de lo relatado por la actora en su interrogatorio de parte, esta dijo que cuando eran días festivos le pagaban un poco más de lo devengado normalmente, sin que se aportará al plenario documentación alguna con la cual se pudiera corroborar lo que se le pagó adicional como tampoco los días dominicales y festivos que laboró; por consiguiente, habrá de absolverse a la demandada por este concepto.

Aportes a seguridad social en pensiones

En lo que atañe a este concepto ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1551-2021, lo siguiente:

Los aportes a pensión constituyen una prerrogativa del trabajador y una obligación correlativa del empleador; el consolidado pensional que se obtiene a través de estos, derivado del esfuerzo laboral, pertenece al sistema general de pensiones y permite financiar y estructurar la prestación, de manera que [tienen] el carácter de derechos ciertos, irrenunciables e indiscutibles [...].

Lo dicho es suficiente para condenar al pago de los aportes en pensión, los cuales se realizarán teniendo en cuenta como salarios para los años 2013 a 2015, la suma de \$650.000 y para el año 2016, el SMLMV vigente para dicha data, valores que deberán ser consignados a través de cálculo actuarial ante la entidad de pensiones a la cual se encuentre afiliada la demandante.

Subsidio familiar

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en sentencia CSJ SL3009-2017, expresó:

e) Auxilio monetario por subsidio familiar.

El actor pretende el reconocimiento del subsidio familiar, por no haber sido afiliado a una Caja de Compensación Familiar, lo cual asevera lo privó de recibir el subsidio familiar que se reconoce por los hijos y personas dependientes de los trabajadores.

Tal pretensión está llamada al fracaso, por cuanto el demandante no demostró

haber informado y acreditado en su momento ante su empleador la existencia de hijos o dependientes beneficiarios del subsidio que ahora reclama, para que surja la obligación por parte de éste de sufragar dicho emolumento por la no afiliación a una Caja de Compensación Familiar, y en consecuencia no se probaron los presupuestos legales para tener derecho a este emolumento.
(Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Por otra parte, en sentencia CSJ SL2889-2018, la Corte dijo:

En efecto, los artículos 18, 20, y 23 de la Ley 21 de 1982, establecen que son beneficiarios del régimen de subsidio familiar los trabajadores que: i) tengan el carácter de permanentes, ii) tengan una remuneración mensual de hasta cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, iii) trabajen diariamente más de la mitad de la jornada máxima legal ordinaria o totalicen un mínimo de (96) horas de labor durante el respectivo mes, y iv) tengan a cargo personas que dieran derecho a recibir la prestación.

El artículo 27 de la misma ley, consigna que «los hijos legítimos los naturales, los adoptivos y los hijastros» dan derecho al subsidio familiar. Por su parte, el artículo 28 señalaba que los hijos se consideran a cargo hasta los 18 años, pero, a partir de los 12 años, se debe acreditar su escolaridad, con un mínimo de cuatro (4) horas diarias o de ochenta (80) mensuales, y, el artículo 36 establece que no pueden cobrar simultáneamente el subsidio familiar por los mismos hijos, el padre y la madre cuyas remuneraciones sumadas excedan el equivalente al cuádruplo del salario mínimo legal vigente.

Así mismo, el artículo 3º de la Ley 789 de 2002 establece que tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores que: i) Tengan una remuneración mensual de hasta cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ii) laboren al menos noventa y seis (96) horas al mes, iii) que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a), no sobrepasen seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Agregado a esto, el Parágrafo 1 de este artículo consagra en el numeral 1 que dan derecho al subsidio familiar en dinero los hijos a cargo de los trabajadores beneficiarios que no sobrepasen la edad de 18 años, sean «legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros», y establece que, después de los 12 años de edad, se tiene que acreditar la escolaridad de los mismos en un establecimiento docente debidamente aprobado.

En el asunto bajo análisis, se tiene que con el escrito de demanda se aportó los registros civiles de nacimiento de los hijos de la señora Gloria Vásquez (f° 72 a 73, archivo 6, carpeta 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital) que dan cuenta que Dayan Stiven Vásquez Torres nació el 21 de agosto de 1997, es decir, que para la época en que finalizó la relación laboral (12 de julio de 2016), ya era mayor de edad; por lo tanto, frente a él no se tenía derecho al subsidio solicitado. Ahora, en lo que respecta a la menor A.N.M.V. se indica que nació el 25 de agosto de 2011, por lo que para la fecha del finiquito contractual contaba con 4 años de edad cumplidos, por lo que podría entenderse que tenía derecho al subsidio reclamado; no obstante, a pesar de que se dijo por parte de la testigo Zaida Milena Vargas Martínez que el empleador conocía que la actora tenía hijos pequeños, no se probó de manera contundente por parte de la promotora del litigio que al momento de la vigencia de la relación laboral hubiera acreditado a la demandada con el documento que en esta oportunidad aporta, la existencia de la menor y que además reunía los requisitos legales para acceder a la prestación; por tales argumentos no existe prosperidad en la pretensión reclamada.

iv) Nulidad acuerdo de transacción

Para desentrañar las inconformidades planteadas por el apelante, resulta pertinente traer a colación los argumentos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las que se ha referido sobre el tema, tal y como se puede ver en sentencia CSJ SL4066-2021, en la que dijo:

*Sobre el particular, cabe precisar que el consentimiento que se exige en materia laboral para la validez de la conciliación **debe ser libre y voluntario, despojado de error, fuerza o dolo**. Según se desprende de los hechos de la demanda, son estos los vicios que discute la parte actora para pretender invalidar el acuerdo, específicamente en lo que tiene que ver con la necesidad de estar desprovisto de error y de dolo.*

El error consiste, básicamente, en una idea inexacta que se forma un contratante sobre uno de los elementos del contrato, como sería respecto de la naturaleza del acto, frente a la identidad del objeto, sobre su calidad o en la persona con la que se contrata, tal como lo prevén los artículos 1510 a 1512 del CC; y, en relación al dolo, según se desprende del artículo 1515 ibidem, radica en el engaño que una de las partes genera al otro para inducirlo a la celebración del contrato o del acto, por lo que para su existencia se requiere de una conducta que intencionalmente provoca una idea errónea o equivocada, la cual resulta determinante en la emisión de su declaración de voluntad.

Se recuerda también que los elementos mencionados de afectación de la libre voluntad no se presumen, sino que deben demostrarse plenamente por la parte que aduce los padeció y, una vez acreditados, se declarará la nulidad en la sentencia con los efectos previstos en el artículo 1746 del CC. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Más adelante, dicha sentencia señaló:

De cara a lo que es objeto de debate, el artículo 13 del CST establece: «Mínimo de derechos y garantías. Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo», por su parte el artículo 14 ibidem dispone que «Carácter de orden público. Irrenunciabilidad. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley».

En las referidas disposiciones legales, en armonía con el artículo 53 de la CP, se encuentra el substrato normativo del llamado «orden público laboral», el cual, conforme se estableció en sentencia CSJ SL, 21 de feb. 2012, rad. 39601, se refiere a las normas necesarias para la convivencia y el disfrute efectivo de los derechos dentro del Estado, y está conformado por normas constitucionales y legales imperativas y coercitivas que rigen en el ámbito de las relaciones de trabajo, constituyendo «una limitante al principio de la libertad contractual, pues se configura por preceptos que el Estado ha erigido como guardianes de principios vitales de la sociedad, no renunciables ni susceptibles de ser modificados o derogados por las partes, salvo –como lo afirma la norma últimamente citada- “los casos expresamente exceptuados por la ley”, so pena de ineficacia», de allí que en materia del derecho laboral las normas de orden público establecen aquellos derechos mínimos que limitan la autonomía de la voluntad, irradiando así el espíritu eminentemente tuitivo del derecho laboral, de proteger prevalentemente a los trabajadores.

Bajo el anterior escenario, la Corte ha determinado que, tratándose de

derechos laborales o de la seguridad social, la regla general es la irrenunciabilidad, de modo tal que la conciliación o su transacción sólo resulta admisibles respecto de derechos inciertos y discutibles, tal como lo prevé el artículo 15 del CST.

[...]

Como ya se ha dicho, la conciliación es válida en el derecho del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles. De esa definición es posible derivar que lo que es objeto de conciliación son los derechos y no los hechos. Lo anterior significa que las partes no pueden acordar despojar de efectos jurídicos unos hechos acaecidos en la realidad, como acontece con aquellos que configuran una relación laboral que da lugar a la existencia de un contrato de trabajo.

Es decir, las partes no pueden acordar que, pese a que existió prestación personal del servicio, una remuneración y subordinación jurídica, **elementos de la relación laboral establecidos en el artículo 23 del CST**, en realidad no se configuró un contrato de trabajo, pues ello constituye ni más ni menos, que la renuncia a los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles derivados de la calidad jurídica de trabajador. Lo anterior no lo desvirtúa la circunstancia de que entre las partes se hayan suscrito contratos civiles o comerciales, pues es claro que la primacía de la realidad encuentra venero en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, y no pueden las partes desconocer ese derecho de rango superior. (Subrayado y negrilla texto original)

De entrada se hace notar que los jueces no pueden resultar convidados de piedra a la hora de aprobar acuerdos conciliatorios, pues nótese que estos pueden tener como móvil ocultar la existencia de verdaderos contratos de trabajo, aspecto que no se compadece con el papel de garante de los derechos de los trabajadores que le corresponde a los jueces de esta rama del derecho social, y ciertamente, resulta llamativo que un juez de trabajo conozca una conciliación sobre un contrato civil o comercial con el único fin de desconocer la existencia de un contrato de trabajo.

Vale la pena reiterar que los hechos no son susceptibles de conciliación, esto es, las partes no pueden acordar en contra de lo que aconteció en la realidad y se exponen a que, pese a que así se estipule formalmente, mediante un proceso posterior se desvirtúe lo pactado con las obvias consecuencias de ese actuar desprovisto de transparencia. En el caso concreto, tal como se encontró acreditado por el juez, se demostró la existencia de un verdadero contrato de trabajo, lo que deja sin sustento lo convenido por contravenir los derechos mínimos e indiscutibles del trabajador, entendidos como esas garantías mínimas que establece la ley por debajo de las cuales es ineficaz acuerdo o pacto alguno. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Verificado el acuerdo de transacción suscrito entre las partes el día 19 de octubre de 2016, se tiene que dentro del mismo se acordó lo siguiente (fº 84 a 86, cuaderno 01, archivo 06, carpeta 1 instancia, expediente digital):

ACUERDAN:

Primero.- Transigir todas las diferencias presentes y/o futuras que tengan como causa los considerados anteriores, específicamente en el contrato de servicios que vincula a las partes del presente; en general transigir cualquier otra obligación y/o diferencia y/o litigio presente y/o futura(o) no manifestada, declarada, acordada y/o probada con anterioridad a la suscripción del presente contrato, que tenga por objeto en general el reconocimiento de obligaciones de parte de **INVERSIONES AKIKINA SAS**, a favor de **GLORIA MERCEDES VASQUEZ TORRES** o que pretenda desconocer el presente acuerdo.

Segundo.- Como solución a las controversias que sirven de fundamento, o pudieran tener como causa las consideraciones que constan en el presente contrato y las que hacen parte del objeto del presente contrato, los suscribientes en las condiciones pertinentes acuerdan dar por terminado el 19 de octubre de 2016 el contrato de servicios que vincula a **GLORIA MERCEDES VASQUEZ TORRES** con **INVERSIONES AKIKINA SAS**.

Tercero.- **INVERSIONES AKIKINA SAS**, pagará a la señora **GLORIA MERCEDES VASQUEZ TORRES**, pagará la suma de \$4.548.500 directamente de la siguiente manera: a) \$2.048.500 el 12 de julio del 2016, b) \$1.000.000 millón de pesos) el día 19 de octubre de 2016, c) \$1.000.000 (Un millón de pesos) el día 19 de noviembre de 2016 y d) \$500.000 (quinientos mil pesos) el día 19 de diciembre de 2016.

Cuarto.- Conforme lo anterior **GLORIA MERCEDES VASQUEZ TORRES**, se obliga a no promover, directa o indirectamente a través de terceras personas, individual y/o conjuntamente, ni a patrocinar o participar en iniciativas o acciones de terceras personas, ningún tipo de acción judicial individual o conjunta, de naturaleza contractual, civil, laboral, y en general de cualquier naturaleza que sea pertinente, que tenga por objeto discutir individual o colectivamente los hechos de que tratan las consideraciones del presente contrato, que persiga el reconocimiento de eventuales derechos transgidos por este contrato, o el reconocimiento de una relación laboral que bajo la gravedad de juramento, con la suscripción del presente, declara como **INEXISTENTE**, o que pretenda desconocer la presente transacción, y en consecuencia desiste expresamente de ellas.

Quinto.- **GLORIA MERCEDES VASQUEZ TORRES** renuncia de manera voluntaria, pero irrevocable, a hacerse reconocer como acreedor de la sociedad **INVERSIONES AKIKINA SAS**, por cualquier concepto y la declara a completo **PAZ** y **SALVO**. Igualmente reconoce que, ante cualquier pretensión en el sentido de desconocer el presente contrato, el presente documento es plena prueba de la inexistencia de cualquier obligación que pretenda hacerse reconocer.

Sexto.- **GLORIA MERCEDES VASQUEZ TORRES** desiste de manera voluntaria, pero irrevocable, de cualquier tipo de acción que tenga como objeto hacerse reconocer como acreedor(es) de la sociedad **INVERSIONES AKIKINA SAS** puesto que con la firma del presente documento renuncia y condona cualquier obligación que hasta la fecha de la presente hubiera tenido para con dicha sociedad.

Octavo.- La presente transacción de conformidad con la ley, produce efectos de cosa juzgada.

Noveno.- Las obligaciones estipuladas en el presente contrato son de obligatorio cumplimiento para las partes y por lo tanto el presente documento prestara mérito ejecutivo en cualquiera de sus obligaciones contra el contratante incumplido.

En constancia se firma en la ciudad de Bogotá D.C. a los diecinueve (19) días del mes de octubre de 2016.

En el caso *sub examine* se demostró que la prestación personal de servicios por parte de la actora estuvo regida por un contrato de trabajo, en el entendido de que, en aplicación al principio de prelación de la realidad sobre las formas, se concluyó que los hechos dan cuenta de los elementos que lo configuran pese a lo pactado por las partes; de suerte que, una vez demostrada la existencia del contrato de trabajo, se generan a favor del trabajador todos los derechos mínimos establecidos en la ley, los

cuales tienen el carácter de irrenunciables.

En consideración a ello es claro, que al haberse estipulado en la cláusula cuarta que la señora Gloria Vásquez se obligaba «a no promover, directa o indirectamente a través de terceras personas, individual y/o conjuntamente, ni a patrocinar o participar en iniciativas de terceras personas, ningún tipo de acción judicial individual o conjunta, de naturaleza contractual, civil, laboral, y en general de cualquier naturaleza que sea pertinente, que tenga como objeto discutir o colectivamente los hechos que tratan las consideraciones del presente contrato, que persigue el reconocimiento de eventuales derechos transigidos por este contrato, o el reconocimiento de una relación laboral bajo la gravedad de juramento, con la suscripción del presente, declara como INEXISTENTE, o que pretende desconocer la presente transacción, y en consecuencia desiste expresamente de ellas», indudablemente esto implica que la demandante estaría renunciando a los derechos mínimos e irrenunciables consagrados en la normatividad laboral, aspecto que lleva a declarar la nulidad del acuerdo de transacción que se suscribió entre la señora Gloria Vásquez y la sociedad INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación el día 19 de octubre de 2016.

v) Estudio de las indemnizaciones reclamadas

Indemnización por falta de consignación de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia CSJ SL5595-2019, sostuvo:

[...] la jurisprudencia de la Corporación ha adoctrinado que el reconocimiento de la indemnización moratoria no es automático y que para efectos de determinar si es o no procedente, corresponde al juez abordar, en cada caso, los aspectos relacionados con la conducta que asume quien se sustrae del pago de las obligaciones laborales (CSJ SL 24397, 13 abr. 2005, CSJ SL 39186, 8 may. 2012, CSJ SL665-2013, CSJ SL8216-2016, CSJ SL6621-2017, CSJ SL1166-2018, CSJ SL1430-2018 y CSJ SL2478-2018).

En concordancia con lo precedente, la forma en que se ejecute la relación de trabajo entre las partes es lo que determina si el empleador actuó o no desprovisto de buena fe.

Asimismo, ha dicho la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, en sentencia CSJ SL5595-2019, que «la forma en que se ejecute la relación de trabajo entre las partes es lo que determina si el empleador actuó o no desprovisto de buena fe».

Desde esa perspectiva, la Sala considera que la demandada INVERSIONES

AKININA S.A.S. en liquidación no demostró justificación razonable para el incumplimiento en la consignación del pago de las cesantías en un fondo a favor de la demandante, mucho menos que actuara de buena fe, puesto que como se demostró, la trabajadora estuvo bajo la subordinación de los administradores del establecimiento de comercio de su propiedad para la ejecución de la actividad personal que ejecutó, aspecto característico del contrato laboral como bien se explicó en líneas precedentes, del tal suerte que el contrato de prestación de servicios suscrito lo que buscó fue ocultar la verdadera relación laboral que los unió, lo cual lleva a que sea impuesta la indemnización reclamada.

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990, contempla la sanción moratoria por la no consignación de cesantías, consistente en un día de salario por cada día de retardo cuando el empleador incumple el plazo legal para depositar este rubro en el fondo seleccionado por el trabajador; esto es, desde el 15 de febrero del año siguiente al que se causa el auxilio.

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ SL3614-2020, dijo:

*Ahora bien, esta Sala ha explicado que la sanción analizada se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora y, en todo caso, **hasta cuando finaliza la relación laboral**, además el parámetro para su cómputo es el salario con el cual se liquida la cesantía (CSJ SL, 3 jul. 2013, rad. 40509; CSJ SL665-2013 y CSJ SL912-2013). (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

De igual manera, ha señalado dicha Corporación que, tal sanción se contabiliza hasta cuando se efectúe la consignación de cesantías de los períodos adeudados al fondo al que se encuentre afiliado el trabajador o, en su defecto, hasta la fecha de la finalización del vínculo laboral, toda vez que a partir de este momento surge la obligación a cargo del empleador de pagar las cesantías definitivas y empieza a correr la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, no siendo admisible la concurrencia simultánea de una y otra indemnización; como bien se explicó en sentencia CSJ SL, 26 sept. 2006, rad. 27186

Igualmente, en la providencia CSJ SL, 24 ag. 2010, rad. 34393, se orientó que la exigibilidad de las cesantías y la sanción por su no consignación, no se presentan en el mismo momento, puesto que la primera se hace a la fecha del fenecimiento de la relación contractual y la indemnización, a partir del vencimiento del plazo otorgado al empleador, para depositar en cada anualidad esa prestación, esto es, desde el 15

de febrero del año siguiente al que corresponda el auxilio causado, conforme lo establece la misma norma sobre la que se discurre.

Así, la omisión de la consignación de ese concepto, en la mencionada fecha, implica que, a partir del día siguiente se cause la sanción moratoria; de ahí que el término de tres años previsto en los artículos 488 y 151 del CST y CPTSS, en su orden, empieza a correr desde el momento en que se originó la deuda.

Al respecto, en la sentencia CSJ SL, 1° feb. 2011, rad. 35603, la alta Corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisó:

El auxilio de cesantía regulado por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, contiene diversas situaciones. Una de ellas es su liquidación a 31 de diciembre de cada año, cuyo valor debe ser consignado antes del 15 de febrero del año siguiente en el correspondiente fondo, cuya omisión implicará para el empleador el pago de un día de salario por cada día de retardo (art. 99-3). Otra ocurre a la terminación de la relación laboral, cuando existiendo saldos de cesantías a favor del trabajador, el empleador debe pagarlos directamente al trabajador con los intereses legales causados.

La sanción moratoria del artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990, surge a la vida jurídica el 15 de febrero de cada anualidad, pues es antes de ese día que el empleador debe consignar el valor liquidado del auxilio de cesantía. Entonces, si el empleador no consigna en la fecha señalada, dicha sanción moratoria empieza su vigencia desde entonces, es decir, se hace exigible. Y si ya se tiene la fecha de exigibilidad, la prescripción de la misma está regulada por los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S.

Ahora, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no ha cumplido con su deber de consignar dentro de los términos de ley, surge otra obligación a su cargo, cual es la de pagar directamente al trabajador esa prestación. Pero desde este momento, conforme lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Corte, la omisión de dicho pago directo acarrea para el empleador la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., de manera que ésta reemplaza la causada por la falta de consignación, es decir, que la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantía, corre hasta la terminación del contrato, momento en el cual el empleador debe pagar, no solo los saldos adeudados, sino el causado en la respectiva anualidad en la que finaliza el vínculo contractual laboral.

Así que para cuantificar dicha indemnización se debe aplicar la prescripción, al no ser exigible a la finalización del contrato de trabajo, sino a partir de la extinción del plazo para depositar las cesantías, esto es el 15 de febrero del año siguiente, al que corresponde a su liquidación. Razón por la que, como la relación que unió a las partes culminó el **12 de julio de 2016** y la demanda se formuló el **21 de marzo de 2019**, el derecho a la indemnización por no consignación del auxilio de cesantías, causada con anterioridad al **21 de marzo de 2016**, se encuentra prescrita, debiéndose únicamente el valor de la sanción por no consignación de las cesantías de 2015, desde el 21 de marzo de 2016, hasta el 12 de julio de 2016, fecha de terminación del contrato, y en lo

que corresponde a las cesantías del año 2016, para el momento del finiquito contractual aún no había nacido en cabeza del empleador la obligación de la consignación de las mismas. El valor de la sanción corresponde a la siguiente suma:

tabla de la sanción moratoria art 99 Ley 50 de 1990						
Año de Cesantias	Desde	Hasta	Dias mora	Salario Mensual	Salario Diario	Indemnización
2015	21/03/2016	12/07/2016	112	\$ 650.000,00	\$ 21.666,67	\$ 2.426.666,67
Valor de la indemnización moratoria ar 99 Ley 50 de 1990						\$ 2.426.666,67

Indemnización por despido sin justa causa artículo 64 del CST

En lo que concierne a esta indemnización, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la providencia CSJ SL2885-2019, ha dicho:

Sobre este asunto es preciso indicar que la prueba del despido corresponde al trabajador y la justeza del mismo la debe acreditar el empleador, de modo que si tal circunstancia no ocurre, se entenderá que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa y este último deberá asumir la indemnización contemplada en la ley, la convención colectiva, o en cualquier otro documento que regule la relación entre las partes.

A la luz de lo anterior, lo primero que ha de advertirse es que no sería dable entenderse que la terminación del contrato se dio por mutuo acuerdo entre las partes, pues como bien se precisó con antelación, el acuerdo al que llegaron las partes por medio de un contrato de transacción no tuvo validez, de manera que las manifestaciones que allí se plasmaron con relación a la terminación del contrato no surtieron efectos; por lo tanto, le correspondía al empleador justificar las razones por las que dio por terminada la relación laboral, al no existir tal probanza ha de condenarse a la indemnización solicitada que equivale a la suma de **\$1.429.470,03**, monto que deberá ser indexado al momento del pago, teniendo en cuenta que laboró 2 años, 7 meses y 12 días, devengando como último salario la suma de \$689.455, tal como se puede ver en la siguiente liquidación:

Tabla de indemnización por despido injusto Art 64. C.S.T.					
fecha de inicio	Fecha Final	Salario			
1/12/2013	12/07/2016	\$689.455,00			
Desde	Hasta	Años	Días de Indemnización	Salario diario	Valor d ela indemnización por año
1/12/2013	1/12/2014	1,00	30	\$22.981,83	\$689.455,00
2/12/2014	12/07/2016	1,61	20	\$22.981,83	\$740.015,03
Valor de la indemnización					\$1.429.470,03

iv) De la estabilidad laboral reforzada por enfermedad

Sobre dicha protección, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente varió su criterio frente a los destinatarios o beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, analizando su alcance a la luz de la **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad** y su «*Protocolo Facultativo*» de 2006, la cual fue aprobada en Colombia a través de la Ley 1346 de 2009, y entró en vigor desde el 10 de junio de 2011, en donde se adoptó un «*enfoque de los derechos humanos*», y se previó un «**modelo social**» de concepción de la discapacidad. Así se dijo, entre otras, en la sentencia CSJ SL1152-2023, criterio que fue reiterado en la CSJ SL1154-2023, CSJ SL1181-2023, CSJ SL1184-2023, CSJ SL1259-2023 y CSJ SL1268-2023. En la primera de las citadas, se precisó:

[...] la Sala reexamina la composición del bloque de constitucionalidad con relación a los derechos de las personas en situación de discapacidad y concluye que la mencionada convención es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; o en otros términos, que constituye el parámetro para interpretar los derechos humanos de las personas con discapacidad contenidos en la Constitución, especialmente, en lo que concierne a las medidas de integración social en igualdad de oportunidades de las demás personas.

Y Más adelante señaló:

i. Alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad

De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que, aquella se configura cuando concurren los siguientes elementos:

- 1. La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.**
- 2. La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás.** (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

a) *Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;*

b) *Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en*

condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

c) *Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.*

Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:

[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Por tanto, el empleador tiene la obligación de realizar los ajustes razonables para procurar la integración al trabajo regular y libre (artículo 27 de la convención), en iguales condiciones que las demás. Para tales efectos la Sala entiende por ajustes razonables, una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean imprescindibles para las personas con discapacidad. Y en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador.

Los ajustes razonables cobran relevancia al momento de lograr la integración laboral de las personas con discapacidad, máxime si se tiene en cuenta que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia del año 2016, recomendó al Estado que «adopte normas que regulen los ajustes razonables en la esfera del empleo».

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de la necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de

acuerdo con el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez en el ejercicio del deber de decretar pruebas de oficio ordene practique la prueba pericial.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral es por esta razón, el despido es discriminatorio y, es preciso declarar su ineficacia por lo que procede el reintegro con el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con la orden de los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En este orden, de conformidad con esta nueva postura doctrinal de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se procederá analizar para efectos de establecer la aplicabilidad de la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y bajo la égida de la Convención de Derechos de personas con discapacidad, es que concurren los siguientes parámetros objetivos: **i)** La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»; **ii)** La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás; y **iii)** Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Así las cosas, la finalidad de la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de garantizar la igualdad de oportunidades respecto de las demás personas en el ejercicio del derecho al trabajo de las personas en condición de discapacidad. Recuérdese que la discapacidad conforme el nuevo criterio de la Corte Suprema de

Justicia se define como aquella persona que presenta una deficiencia más barrera que puedan impedir el ejercicio de su labor.

Atendiendo lo anterior, se procedió a revisar el material probatorio arrimado al expediente, encontrándose la historia clínica de la actora de donde se desprende lo siguiente: **i)** el 31 de marzo de 2015, se diagnosticó cefalea global; **ii)** el día 11 de marzo de 2015, se reporta «*paciente con cuadro clínico de 1 de evolución de caída escaleras, recibiendo trauma en cabeza, niega pérdida de conciencia; trauma en miembros superior derecho y mano izquierda, refiere dolor y limitación [...]»*; **iii)** se informa que el día 22 de marzo de 2016, acudió ante el médico por incontinencia urinaria mixta, ordenándose por el médico tratante terapia de piso pélvico, urocultivo y urodinamia, **iv)** para el 30 de junio de 2016, se reporta que se encuentra con solicitud de terapia y rehabilitación de piso pélvico; **v)** para el 6 de abril de 2016, se encuentra incapacidad por 1 día por tensión elevada; **vi)** para el 20 de abril de 2016, se diagnosticó: dislipidemia, anemia ferropénica, cefalea, sensación de decaimiento e hipertensión; **vii)** se encuentra epicrisis de fecha 13 de agosto de 2016, en la que se indica: «*Paciente interconsultado (sic) por servicio de Urología con diagnostico (sic) medico (sic) de Incontinencia Urinaria. Paciente refiere que “he presentado muchas caídas porque trabajo en un gimnasio y después de eso he presentado salida de orina»*; más adelante se señala: «*paciente presenta deficiencia en la función corporal del sistema urinario, con la alteración en la estructura del piso pélvico, con limitación para llevar a cabo actividades de participación como: tareas y demandas generales, movilidad y vida doméstica [...] Paciente presenta limitación funcional para realización de actividades de esfuerzo como: caminar, toser, reír, cambios de posición, por pérdidas de orina componente de urgencia»*, indicándose por parte del médico tratante como recomendaciones realizar ejercicios 3 veces al día en casa; **viii)** el día 7 de febrero de 2017, fue diagnosticada con lumbago; **ix)** por último, se encuentra reporte con fisioterapia especialista en fisioterapia para el mes de febrero de 2017. Existen otros documentos con no son legibles, por lo que no fueron reseñados.

Como bien se puede apreciar del anterior recuento clínico, aun cuando para abril de 2016, momento en que la actora dejó de prestar sus servicios para la demandada se encontraba con incapacidad médica debido a sus dolencias por dislipidemia, anemia ferropénica, cefalea, sensación de decaimiento e hipertensión, así como en terapia de piso pélvico, terapias que se extendieron hasta el mes de febrero de 2017; lo cierto, es que para la data en que se dio por terminado unilateralmente la relación laboral por parte de la enjuiciada (12 julio 2016), la actora no tenía incapacidad médica, como tampoco contaba con recomendaciones laborales o con un diagnóstico que le generará una secuela a mediano o largo plazo, o si era algo que resultará superable en un corto plazo, puesto que la recomendación que se

hizo por parte del médico tratante por su diagnóstico de «deficiencia en la función corporal del sistema urinario», fue con posterioridad a su despido, lo cual también ocurrió con el diagnóstico de lumbago.

Asimismo, se evidenció que en efecto para el mes de abril de 2016, la demandante presentó problemas de salud que dificultó que pudiera prestar sus servicios laborales para ese mes, por lo cual el empleador continuó pagando los salarios de la actora hasta el mes de julio de 2016, momento en que se dio por terminado el contrato; no obstante, no se observa de lo allegado que durante los meses de mayo, junio y julio hubiese estado incapacitada o con algún diagnóstico médico que limitará la prestación de su servicio, pues si bien se advierte que asistió a terapias del piso pélvico para los meses de febrero y junio, ello no logra evidenciar que estuviese con una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo con una desviación significativa o una pérdida, puesto que aun cuando la promotora de litigio alude que al estar en el régimen subsidiado no le expedían incapacidades médicas, la constancia de la asistencia a los médicos por algún padecimiento de enfermedad significativa debía haber aparecido consignada en la historia clínica.

Sobre la valoración de estas pruebas en los eventos donde se analiza una deficiencia del trabajador, para efectos de determinar si la misma es o no determinante para ser destinatario de la estabilidad laboral reforzada, en la sentencia CSJ SL1184-2023, donde se analizó un asunto de similares contornos al que ahora ocupa la atención de esta Sala, se indicó:

En un ejercicio de valoración probatoria, en efecto, uno de los criterios que se tiene en cuenta es la historia clínica, y si bien se puede observar la alteración corporal en las vértebras L5, S1, zona lumbar, las recomendaciones y terapias ordenadas no prueban la existencia de una deficiencia en el demandante con la característica de ser a mediano o largo plazo, es decir, dicha documental no permite establecer si la afección en la salud del demandante le genere una deficiencia a mediano o largo plazo o es algo que resulte superable en un corto plazo.

Y es que a efectos de establecer la deficiencia a mediano o largo plazo las solas incapacidades, terapias y recomendaciones no prueban dicha temporalidad, puesto que con las primeras se demuestra la imposibilidad de la prestación del servicio por un determinado tiempo, que en este caso, fue interrumpido conforme las pruebas reseñadas. Con las segundas, -tratamiento y recomendaciones- se determinan de manera técnica los procedimientos, intervenciones, medicamentos y todos aquellos aspectos que permitan la recuperación o la prevención de la salud. Ninguno de los dos conceptos anteriores, sin un mayor contexto técnico y clínico en este caso, permiten establecer la temporalidad de las afectaciones en la salud y, por consiguiente, que se generó la deficiencia requerida en las premisas normativas citadas en esta decisión, es decir, con la característica de ser a mediano o largo plazo. (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Acorde a lo expuesto, no se encuentra plenamente acreditada la existencia de barreras que pudieran impedir a la trabajadora que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás, es decir, que su diagnóstico le dificultara a la trabajadora desarrollar plenamente sus roles ocupacionales, toda vez que no se encuentran probadas las deficiencias, al no existir suficientes elementos de juicio que así lo demuestre; por consiguiente, no se probó que la actora fuera sujeto de la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y, por ende, el empleador al momento de terminar su contrato no necesitaba permiso del Ministerio del Trabajo, en consecuencia, las pretensiones de la demandante relacionadas con esta protección no saldrán avantes.

vii) Excepción de compensación

Señala el artículo 1714 del Código Civil, la compensación como modo de extinguir las obligaciones opera *«cuando dos personas son deudoras uno de otra»*, igualmente el canon 1716 de ese mismo cuerpo normativo exige para que se configure esta figura que *«las dos partes sean recíprocamente deudoras»*.

Bajo esa perspectiva, se tiene que con el acuerdo de transacción, si bien se determinó que no tuvo efectos jurídicos, no puede desconocerse que de acuerdo a lo confesado por la actora en su declaración de parte, confesó que recibió la suma de \$2.500.000, por parte del empleador al momento de suscribir el referido contrato de transacción, lo cual conlleva a que deba declararse parcialmente probada esta excepción, ya que independientemente del nombre que le quisieron dar al vínculo contractual que sostuvieron, en la realidad simple y llanamente dicho valor pretendía sufragar los conceptos legales y prestacionales que ordena la ley en una relación laboral.

De otra parte, debe aclararse que si bien el acuerdo de transacción refiere que se le pagó a la demandante la suma de \$4.548.500, todo ese valor no podría tomarse en compensación, pues la suma de \$2.048.500 restante como lo reconoció la enjuiciada, correspondía a los salarios de los meses de mayo, junio y julio de 2016.

Indexación:

Frente a este emolumento, le asiste derecho a la demandante comoquiera que al no haber reclamó la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, resultaría procedente la actualización monetaria frente a las condenas aquí impuestas

tales como diferencia salarial, primas de servicio, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, subsidio de transporte, indemnización por despido sin justa causa y sanción por no consignación a las cesantías, desde la terminación del contrato hasta la fecha efectiva del pago de las referidas acreencias laborales, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$VA = \frac{VH \times IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

Donde:

VA = Valor actualizado

VH = Valor histórico correspondiente a las obligaciones objeto de actualización

IPC Final= Índice de precios al consumidor correspondiente al mes en el que se efectuará el pago.

IPC Inicial= Índice de precios al consumidor correspondiente a la fecha de exigibilidad del concepto laboral adeudado.

Por lo anterior, se **revocará** la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Costas en ambas instancias a cargo de la demandada INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato laboral entre la señora **GLORIA VÁSQUEZ TORRES** y la demandada **INVERSIONES AKININA S.A.S.** en liquidación, en la que la demandante realizó las labores de aseo general en las instalaciones del gimnasio SMART GYM, establecimiento de comercio de propiedad de dicha sociedad, y que tuvo lugar entre el 1 de diciembre de 2013, al 12 de julio de 2016, devengado como salarios para los años 2013 a 2015, la suma de \$650.000 y para el año 2016, el salario mínimo legal mensual vigente para dicha data, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **INVERSIONES AKININA S.A.S.** en liquidación a pagar a favor de la señora **GLORIA MERCEDES VÁSQUEZ TORRES** las siguientes sumas y conceptos:

- i) Reajuste salario 2016: \$89.460
- ii) Subsidio de transporte: \$388.500
- iii) Cesantías: \$1.915.191
- iv) Intereses a las cesantías: \$26.185,56
- v) Prima de servicios: \$409.149,33
- vi) Vacaciones: \$528.582,17
- vii) Indemnización por despido sin justa causa: \$1.429.470,03
- viii) indemnización por no consignación de las cesantías del artículo 99 Ley 50 de 1990: \$2.426.666,67

TERCERO: CONDENAR a la demandada **INVERSIONES AKININA S.A.S.** en liquidación a efectuar los aportes a pensión a favor de la señora **GLORIA MERCEDES VÁSQUEZ TORRES** a durante el interregno comprendido entre el 1 de diciembre de 2013, al 12 de julio de 2016, a través de cálculo actuarial en el fondo de pensiones donde se encuentre afiliada la demandante o al fondo que sea escogido por ella, teniéndose en cuenta como IBC para los años 2013 a 2015, la suma de \$650.0000 y para el año 2016 la suma de \$689.455, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción de los créditos cuya exigibilidad fue anterior al 21 de marzo de 2016, tales como primas, intereses a las cesantías, subsidio de transporte e indemnización por no consignación de las cesantías del artículo 99 Ley 50 de 1990, y frente a las vacaciones con anterioridad al 21 de marzo de 2015.

QUINTO: DECLARAR la nulidad del acuerdo transaccional firmado entre la demandante señora **GLORIA MERCEDES VÁSQUEZ TORRES** y la demandada **INVERSIONES AKININA S.A.S.** en liquidación el 19 de octubre de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SEXTO: CONDENAR a la indexación monetaria de las sumas adeudadas tales como diferencia salarial, primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, subsidio de transporte, indemnización por despido sin justa causa y sanción por no consignación a las cesantías de acuerdo a la formula establecida en la parte considerativa de esta sentencia.

SÉPTIMO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de compensación frente a las sumas que se fueron pagadas a la demandante

correspondiente al valor de \$2.500.000, monto que deberá descontarse de las condenas aquí impuestas.

OCTAVO: ABSOLVER a la demandada INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación de las demás pretensiones incoadas en su contra.

NOVENO: COSTAS en ambas instancias a cargo INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación.

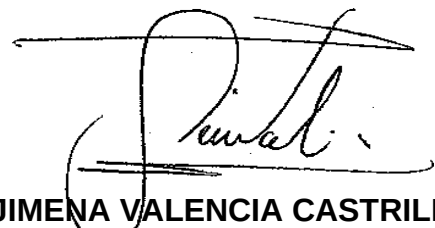
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demanda INVERSIONES AKININA S.A.S. en liquidación en la suma de \$1.300.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105002202100444-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	FRANCISCO JOSÉ TORRES GARCÍA
DEMANDADOS	-ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. -SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Francisco José Torres García** se declare la ineficacia del traslado y la afiliación en pensiones con la AFP Porvenir S.A., por cuanto no existió una decisión informada, autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas; igualmente, se declare que el traslado de régimen no se dio de manera libre y voluntaria tal como lo exige el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y que las AFP demandadas no informaron sobre los términos del traslado, sobre las ventajas, desventajas y riesgos.

En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. por ser el actual fondo de pensiones, a trasladar sus aportes junto con sus rendimientos a Colpensiones, y esta

última entidad proceda a activar su afiliación en el RPM y aceptar el traslado de sus aportes. De otro lado, solicita se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 2 de septiembre de 2020, al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al pago de costas y agencias en derecho, a lo que resulte probado ultra y extra petita (archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 4 a 6, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló, en síntesis, que nació el 2 de septiembre de 1958; que estuvo afiliado en el RPM administrado hoy por Colpensiones desde el 4 de abril de 1979; que el día 1 de abril de 1999, se trasladó de régimen pensional con la AFP Porvenir S.A.

Narró que, al momento del traslado, la AFP Porvenir S.A. no le brindó información adecuada y completa acerca del RAIS, no le informó sobre los posibles riesgos que podría tener en dicho régimen, como tampoco le indicó sobre las características, condiciones, acceso, servicios y diferencias frente al RPM. Refirió que, el 1 de junio de 2001, se trasladó a la AFP Protección S.A., entidad que tampoco le ofreció información adecuada y completa respecto del RAIS; que el día 1 de noviembre de 2006, nuevamente retornó a la AFP Porvenir S.A.

Sostuvo que, el día 12 de julio de 2010, solicitó ante el ISS el traslado de régimen, solicitud que fue aceptada por dicha entidad mediante comunicación del 29 de septiembre de 2017, bajo el radicado No. BZ2017_978579-2608062, en la cual le dio la bienvenida; que el día 30 de septiembre de 2020, presentó ante dicha entidad solicitud de reconocimiento pensional, la cual quedó radicada con el No. 2020_9762134; que Colpensiones mediante respuesta con radicado BZ2020-9762134-2005782 del 30 de septiembre de 2020, negó la solicitud señalando que no era procedente toda vez que no se encontraba afiliado a dicha entidad.

Arguyó que, Colpensiones en ningún momento lo notificó sobre su repentino cambio de parecer frente al proceso de afiliación aprobado en 2017; que el día 30 de agosto de 2021, presentó reclamación ante Colpensiones en la que solicitó la nulidad del traslado de régimen; que Colpensiones dio respuesta a la petición el 31 de agosto de 2021, indicándole que no era procedente por estar incurso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

ACTUACIONES SURTIDAS EN PRIMERA INSTANCIA

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que a la fecha el actor se encuentra vinculado a dicha entidad, respecto de los demás fundamentos fácticos, dijo no ser ciertos algunos de ellos y no constarle los demás.

Como excepciones de fondo, propuso, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

COLPENSIONES contestó (archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al RPM, el momento en que se efectuó el traslado de régimen y los traslados horizontales, también reconoció la petición que presentó el actor en el año 2010, advirtiendo que la misma fue atendida el 18 de febrero de 2015 y 25 de enero de 2016, de manera negativa; igualmente, aceptó las peticiones formuladas el 30 de septiembre de 2020 y 30 de agosto de 2021, indicando que las mismas fueron resueltas de manera desfavorable. Respecto de los demás hechos, dijo no ser ciertos algunos de ellos y no constarle los demás.

Como excepciones de mérito, propuso 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, inexistencia del derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez, improcedencia al reconocimiento y pago de intereses moratorios, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose igualmente a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, así como la afiliación a dicho fondo; en cuanto a los demás hechos manifestó no constarle alguno de ellos y no ser ciertos los demás.

Como medio de defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso en concreto, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la

comisión de administración 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 derecho de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica.

Mediante audiencia celebrada el 1 de febrero 2023, el *a quo* declaró probada la excepción de falta de integración del litis consorcio necesaria propuesta por la demandada Porvenir S.A. y **ordenó vincular** a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS (archivo 16, carpeta 1ª inst. exp. digital).

La **AFP SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS** contestó (archivo 19, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, dijo no constarle ninguno. Como medio de defensa, propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó, ni intervino en el momento de la selección de régimen, la asesoría brindada fue clara, comprensible y circunscrita a la situación particular de la afiliada, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón a la edad y tiempo cotizado, compensación, prescripción del porcentaje de los gastos de administración, buena fe y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de julio de 2023 (archivos 28 y 29, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el señor FRANCISCO JOSÉ TORRES GARCÍA identificado con Cédula de Ciudadanía No. 19.360.828, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. realizado el 02 de febrero de 1999. De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante señor FRANCISCO JOSÉ TORRES GARCÍA, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación realizada

al I.S.S. el 04 de abril de 1979, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del señor FRANCISCO JOSÉ TORRES GARCÍA, en el régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: DECLARAR que el demandante causó la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo noveno de la Ley 797 del 2003. Por lo antes indicado.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a liquidar la mesada pensional conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo como fecha de disfrute pensional el primer día del mes siguiente al reporte de la novedad de retiro, como se manifestó en la parte considerativa; y liquidar la mesada pensional conforme las normas antes indicadas. En todo caso, no puede ser inferior al salario mínimo legal, debiendo indexar el correspondiente retroactivo.

SEXTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer la pensión de vejez a favor del señor, FRANCISCO JOSÉ TORRES GARCÍA.

SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

OCTAVO: CONDENAR a las AFP, PORVENIR, PROTECCIÓN Y SKANDIA A devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, que cada uno tenga en su poder en la actualidad, por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

NOVENO: ABSOLVER A LAS DEMANDADAS de las demás pretensiones incoadas en su contra.

DÉCIMO: CONDENAR en costas a la sociedad administradora de pensiones y cesantías, PORVENIR S.A., dentro de las cuales deberá incluirse por concepto de agencias en Derecho, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

Para Fundamentar su decisión, señaló que los artículos 13, literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, artículo 3 de la Ley 1328 de 1998, Decreto 2241 de 2010 y Ley 1748 del 2014, han evolucionado para establecer la obligación del deber de información a cargo de las administradoras de fondos y pensiones, en tres etapas, así: **i)** desde 1993, hasta el 2009; **ii)** deber de información y buen consejo del 2009, hasta el 2014, y **iii)** el deber de información, buen consejo y doble asesoría a partir del año 2014, en adelante.

Sostuvo que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha dicho que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional y en consecuencia, se encuentran obligadas a brindar sus servicios de manera oportuna, eficaz y además eficiente desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiendo indicar de forma completa y comprensible todos los pormenores que ello conlleva, tanto los beneficios como los aspectos negativos que puede acarrear tal

decisión, pues de lo contrario afectaría el derecho irrenunciable de la seguridad social de los afiliados.

Arguyó que, revisadas las pruebas allegadas al plenario, en este caso, los formularios suscritos el 2 de febrero de 1999, el 29 de septiembre del 2000, el 10 de abril del 2001, el 25 de octubre del 2001, el 16 de julio del 2003, y el 8 de septiembre del 2006, se trataba de unos formularios de afiliación en los cuales se encontraba una nota pre-impresa en la que se indicaba que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad social se había efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones; no obstante, del contenido de ese formato no se infería que esa administradora de pensiones de manera previa a la suscripción hubiera proporcionado o dado a conocer al demandante una información completa y comprensible que le permitiera tener claridad de la trascendencia de su decisión, como lo era la elección de un nuevo régimen.

Precisó que, del caudal probatorio arrojado al proceso no se podía establecer que las AFP le hubieran brindado una información suficiente al demandante al momento de efectuar el traslado del régimen de prima media al RAIS; indicó que en el interrogatorio de parte rendido por el actor, se había establecido que al momento en que se había efectuado el traslado la asesoría se había dado a través de una reunión en la empresa en la que laboraba, señalándose como argumento principal que el ISS se iba a acabar y que sus dineros estarían seguros en dicho fondo, además que los rendimientos que se generarán podían solicitarse en cualquier tiempo.

En razón a lo anterior, arguyó el *a quo* que la AFP Porvenir no había brindado una información clara, concreta y veraz frente a los riesgos, ventajas y desventajas que podía acarrear el cambio de régimen para la pensión del demandante. Expuso que, si bien era cierto que dentro de las pruebas allegadas y de las contenidas en el expediente administrativo aportado por Colpensiones existían una serie de peticiones realizadas por parte del actor y dentro de las respuestas de las mismas se encontraba una comunicación del 29 de septiembre del 2017, suscrita por Colpensiones y certificación emitida el 10 de septiembre del 2018, dentro de la cual se le daba la bienvenida al régimen al señor Francisco José Torres García; no obstante, se había evidenciado dentro del mismo expediente administrativo otras respuestas efectuadas por parte de Colpensiones en las que le informaba que se encontraba afiliado a Porvenir.

Adujo que, teniendo en cuenta lo anterior, se había interpuesto una acción de tutela que había sido adelantada por parte del Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá

con radicado No. 2021-104, en donde se había hecho un análisis de lo acaecido con la afiliación del demandante, concluyéndose que se encontraba afiliado a Porvenir.

Expuso que, la AFP Porvenir había omitido al momento del traslado de régimen, el deber de información para con el accionante, al no haber comunicado las condiciones que debía cumplir para dicha expectativa y las consecuencias derivadas del cambio de régimen, motivo por el cual debía declararse la ineficacia del traslado.

En cuanto al reconocimiento pensional, señaló que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 del 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para alcanzar la pensión de vejez en el caso de los hombres debía haber cumplido 60 años de edad, requisito que había sido incrementado a partir del 1 de enero del 2014, fijándose desde dicha data en 62 años y además acreditar un total de 1.300 semanas cotizadas.

Manifestó que, teniendo en cuenta que el actor nació el 2 de septiembre de 1958, había acreditado los 62 años de edad el mismo día y mes del año 2020, fecha para la cual conforme a la historia laboral aportada, el demandante había cotizado un total de 1.573 semanas, causándose el derecho pensional en el mes de septiembre del 2020. De otro lado, señaló que no se tenía constancia de la novedad de retiro, por lo que debía reconocerse la prestación el primer día del mes siguiente al que se reportara tal novedad, debiendo Colpensiones liquidar la mesada pensional conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que existía una indebida valoración probatoria, pues no se había tenido en cuenta que en cada uno de los traslados realizados por el actor a las distintas AFP demandadas, había precedido una asesoría precontractual a través de información clara, necesaria y oportuna; que de haberse realizado una proyección de una mesada pensional al accionante para la fecha en la que hizo su primer traslado, hubiera generado una visión de consentimiento bajo expectativas que podían variar conforme a la forma en cómo se financiaban los recursos en el RAIS.

Refirió que, para el año 2017, el demandante ya se encontraba inmerso en la prohibición legal establecida en la Ley 100 de 1993. De otro lado, debía tenerse presente que, de acuerdo a lo establecido jurisprudencialmente, cuando existía multifiliación, la vinculación vigente correspondía a la última afiliación que se hubiera

realizado, que en este caso había ocurrido en el RAIS, encontrándose saneado cualquier tipo de irregularidad de traslado con Colpensiones.

En cuanto al reconocimiento pensional, manifestó que debía ser recovada la decisión de primer grado, debido a que el *a quo* no tenía competencia para ello, puesto que para determinar la competencia primero se debía haber agotado la reclamación administrativa, arguyó que si bien había existido una reclamación por parte del demandante frente a dicha pretensión, ello acaeció cuando aún se encontraba activo en el RAIS y no en el régimen de prima media, por lo que se estaba frente a un hecho sobreviniente, pues después de la declaratoria de ineficacia del traslado no se había solicitado la pensión ante la entidad, por lo tanto, existía una extralimitación.

Reiteró que, en el presente asunto había existido re asesorías, otorgándose a cabalidad toda la información clara, necesaria y oportuna, existiendo una motivación de permanencia por parte del actor a dicho régimen, como también se podía observar un actuar de mala fe, al haber hecho aportes voluntarios con el fin de incrementar sus cotizaciones, para luego solicitar el traslado de régimen a fin de obtener una mejor mesada pensional.

La **AFP SKANDIA** sustentó su recurso señalando que la parte actora no había indicado de manera expresa y clara cuál había sido el fondo que había intervenido y participado en el acto jurídico del traslado; que según el documento SIAFP aportado se podía observar que el traslado se efectuó con Colpatria, más no con Porvenir S.A., lo cual generaba que la parte motiva de la sentencia fuera errada, pues otorgaba responsabilidades a cargo de Porvenir S.A., situación que debía ser clara y precisa en este tipo de procesos.

Arguyó que, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, a través del Magistrado Rafael Moreno Vargas, había confirmado la absolución de las demandadas en sentencia del 31 de marzo de 2022, bajo el radicado 2018-390, con el argumento de que no se había indicado de manera clara y precisa por la parte actora cuál había sido la administradora que participó de ese acto jurídico de traslado.

Añadió que, en la misma sentencia antes referida, se indicó que el Juez de primera instancia no podía adecuar los hechos de la demanda, dado el principio de congruencia; por lo tanto, debía el Juzgador fallar con fundamento en los sustentos fácticos del escrito genitor. Aunado a lo anterior, sostuvo que el mismo documento SIAFP indicaba que el actor había estado afiliado con Colpensiones, pero solo por 30

días; que al solucionarse la multifiliación se determinó que la afiliación correcta se había efectuado en el RAIS a través de Colpatria, en ese sentido al tenerse en cuenta que nunca estuvo afiliado a Colpensiones, no podía considerarse que existía ineficacia del traslado.

Solicitó que, para resolverse el caso, se tuviera en cuenta la sentencia CSJ SL1806-2022, en la cual se absolvió a las AFP al considerarse que al ser una vinculación inicial, no era procedente la declaratoria de ineficacia del traslado, criterio que también había sido acogido por el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá Diego Roberto Montoya, bajo el proceso con radicado 2018-118, del 30 de junio de 2023.

Por otra parte, señaló que Skandia para el año 2003, le había dado a conocer al demandante que podía retornar a Colpensiones, tal y como había sido confesado por él en el interrogatorio de parte, de manera que a sabiendas de que podía trasladarse no lo hizo y solo fue 7 años después que elevó la solicitud de traslado a Colpensiones.

Finalmente, pidió que en caso de confirmarse la sentencia se revocaran los numerales en los que se ordenó el traslado de recursos a cargo de la entidad, referentes a los gastos de administración, asimismo se revocara lo concerniente al reconocimiento pensional, teniendo en cuenta que como bien lo había indicado Colpensiones no existía competencia por parte del Juez para resolver tal pretensión, pues el actor ha estado siempre afiliado al RAIS.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por Skandia y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar los siguientes problemas jurídicos: *i)* si fue vinculada de manera correcta a la AFP que participó en el acto jurídico de traslado; *ii)* si existió vinculación inicial con Colpensiones; *iii)* si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Colpatria, y

posteriormente, con las AFP Protección y Skandia es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados por el actor en el RAIS; y **iv)** si hay lugar a reconocer el derecho pensional a favor del actor.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Francisco José Torres García nació el 2 de septiembre de 1958 (f° 139, archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculado al ISS realizando aportes pensionales desde el 04/04/1979, hasta el 31/07/1999, reuniendo un total de 979,03 semanas, según historia laboral expedida por Colpensiones el 6 de octubre de 2021 (f° 118, carpeta 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), y **iii)** que el **2 de febrero de 1999**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colpatria Pensiones y Cesantías, el cual se hizo efectivo a partir del 1 de abril de la misma anualidad (f° 105, archivo 06, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** que efectuó traslados horizontales con: la AFP Horizonte el 29 de septiembre del año 2000, Protección el 1 de junio de 2001, Porvenir el 1 de diciembre de 2001, Skandia el 1 de agosto de 2003 y Porvenir el 1 de noviembre de 2006, esta última en la cual se encuentra vinculado actualmente, de acuerdo a lo informado por Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías SIAFP (f°101, archivo 06, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

I) VINCULACIÓN AFP QUE PARTICIPÓ EN EL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO

Sostiene la demandada AFP Skandia que la decisión de primera instancia debe ser revocada, teniendo en cuenta que el actor no demandó de manera correcta a la AFP con la que realizó el acto de traslado de régimen, ello teniendo en cuenta que se llamó como accionada a la AFP Porvenir, pero conforme al formulario SIAFP aparecía que el traslado se había efectuado con la AFP Colpatria.

Para resolver este primer punto, debe decirse que en efecto le asiste razón al recurrente en cuanto a que el traslado de régimen se llevó a cabo con Colpatria Pensiones y Cesantías el 2 de febrero de 1999, y no con la AFP Porvenir S.A. como bien se indicó precedentemente; no obstante, la razón de ello se debe a la fusión por absorción de estas entidades, de manera que, al surgir dicha figura jurídica la nueva compañía adquiere los derechos y obligaciones de la sociedad disuelta, tal como lo dispone el artículo 172 del Código de Comercio.

En ese sentido, la AFP Porvenir se encuentra legitimada para responder por las condenas que se llegaren a proferir en su contra, por lo que las razones señaladas por el apelante no resultan válidas, tanto así que, la misma AFP Porvenir no manifestó inconformidad al respecto y, por el contrario, dio contestación a la demanda como responsable del traslado efectuado entre el actor y Colpatria Pensiones y Cesantías aportando el formulario de afiliación suscrito entre ellos.

II) VINCULACIÓN INICIAL

Otros de los puntos de controversia por parte de la demandada Skandia, consiste en que al momento en que se dirimió la controversia de multifiliación se definió que el actor nunca estuvo afiliado a Colpensiones, motivo por el cual debe revocarse lo decidió por el fallador de primer grado, ello teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los argumentos referentes a la vinculación inicial resultan ser ciertos a la luz de lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1806-2022, en la que sostuvo:

*[...] la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, **no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional**. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho.* (Subrayado y negrillas por fuera del texto original)

Sin embargo, en el caso de marras no se dan los fundamentos fácticos que refiere la mencionada sentencia; en primer lugar, porque se encuentra plenamente acreditado con las pruebas allegadas, en especial con la historia laboral expedida por Colpensiones, que el señor Francisco José Torres estuvo vinculado al ISS desde el 04/04/1979, y luego se trasladó al RAIS el 2 de febrero de 1999, de manera que sí existió una afiliación inicial en el RPM.

En segundo lugar, si bien el actor presentó una solicitud de traslado en el año 2010, ante Colpensiones lo cual desencadenó en una multifiliación entre entidades, dicha situación se resolvió en el fallo de tutela del 29 de julio de 2021, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil, en la que confirmó la decisión del Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá, y que sobre el tema señaló:

11. Así las cosas, y una vez, realizada la consulta de la historia laboral en la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda registran un total de 712.43 semanas hasta el 31 de marzo de 1994 de la siguiente forma:

HISTORIA HASTA 31/03/1994					
LABORADOS		LICENCIAS / FORTAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
5012	716.14	23	3.29	3	0.43
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DÍAS:	4967	SEMANAS:	712.43		

Por lo tanto, se constata que el actor, no cumplía con el requisito establecido en la sentencia **SU 062 de 2010** para el traslado de Porvenir a Colpensiones. Dado lo anterior, el ciudadano paso por la validación conjunta realizada con el RAIS (Porvenir) por medio de acta de revisión No. 4 del 13 noviembre de 2019, el cual confirma al ciudadano como válidamente reestablecido al RAIS, reportando la devolución de saldos a Porvenir.

12. Aunado a lo anterior, también se evidencia en la plataforma de Asofondos, que el actor se encuentra afiliado a Porvenir, así:

Datos Asofondos	
Identificación	C-19360828
Entidad	PORVENIR
Novedad	110
Descripción	Traslado no viable. Tiene menos de 10 años para pensionarse. Por favor consulte con su fondo de pensiones.
Primer Nombre	FRANCISCO
Segundo Nombre	JOSE
Primer Apellido	TORRES
Segundo Apellido	GARCIA
Sexo	M
Fecha última vinculación	19890202

13. En ese orden de ideas y de acuerdo con la Sentencia SU-062 de 2010 de la Corte Constitucional, *“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”*.

^

v

425 / 808

🔍

🔄

🔍

[...]

16. Desde esa óptica y, examinado el caso concreto, junto con las pruebas documentales allegadas a este estrado, se constató que, el actor no cumplía con el requisito establecido en la sentencia SU 062 de 2010, para el traslado de Porvenir a Colpensiones; ya que, el afiliado no

podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

De lo anterior se colige que, la solicitud de traslado que realizó el demandante en el año 2010, no surtió efectos y, por consiguiente, se encontraba válidamente afiliado al RAIS, sin que ello signifique como erradamente lo entiende Skandia que la

afiliación inicial en el RPM a través de Colpensiones tampoco había tenido efectos jurídicos.

De otra parte, cabe señalar que no es obligatorio para esta Sala de Decisión dar aplicación a sentencias proferidas por las Salas Laborales de otros Tribunales del país, como lo pretende el recurrente, pues se trata de un precedente horizontal el cual no resulta vinculante, máxime cuando el que aquí se acoge, es el vertido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en asuntos de similares contornos al que ahora nos ocupa.

III) INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo,

experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-2 de febrero de 1999-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir suscrito el **2 de febrero de 1999**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o

porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

En ese sentido, los argumentos señalados por Skandia respecto de la confesión que hizo el actor en su interrogatorio de parte con relación a la asesoría que recibió por parte de dicha entidad para el año 2003, no ratifica el deber legal que le asistía a la AFP al momento del traslado.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente, en este punto, la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la

persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

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

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima

media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras). Al respecto, encuentra esta Sala de decisión que el a quo omitió ordenar de manera completa la restitución de los mentados emolumentos y la indexación respectiva.

Dichos valores deben ser indexados, comoquiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar los numerales segundo y octavo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a las AFP

Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia a trasladar a Colpensiones y está a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del actor y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

PRESCRIPCIÓN

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

IV) PENSIÓN DE VEJEZ

Previo a entrar a estudiar si el actor reúne los requisitos para acceder al derecho pensional, es necesario entrar a resolver las inconformidades planteadas por los recurrentes respecto del agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones. Al respecto, la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral desde tiempo atrás ha considerado que tal debate jurídico debe alegarse en la contestación de la demanda como excepción previa, de no hacerse de tal modo, se entiende saneado, tal y como lo recordó en sentencia CSJ SL2150-2021, en la que dijo:

De entrada, habrá de decirse respecto al cuestionamiento de la opositora sobre la falta de congruencia entre lo que el accionante solicitó en la reclamación administrativa y a lo que persiguió en el trámite ordinario, que la Sala advierte que tal planteamiento es extemporáneo, pues dichas circunstancias las debió alegar en la contestación de la demanda como excepción previa, lo que no ocurrió, de modo que tal anomalía procedimental quedó saneada (CSJ SL1054-2018).

En ese hilo argumentativo, los motivos de inconformidad de los apelantes no tienen vocación de prosperidad, pues al no haberse alegado dentro del momento

procesal oportuno, se entiende saneado; en consecuencia, el juez tenía competencia para resolver el asunto.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, al declararse la ineficacia del traslado, esto conlleva a que sea Colpensiones la obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez pretendida, pues así también lo ha hecho saber la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo expuso en sentencia CSJ SL4297-2022, en la que dijo:

En este orden, al haberse declarado la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esta conlleva a que sea Colpensiones la administradora obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez por él solicitada.

Aclarado lo anterior, se procede a verificar si el demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, dispone:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)

Del acervo probatorio se tiene que el señor Francisco José Torres García nació el 2 de septiembre de 1958 (fº 139, archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. Digital), de donde se colige que llegó a los 62 años de edad del mismo día y mes del año 2020, data última para la cual debía acreditar 1.300 semanas para acceder a su derecho pensional, encontrando la Sala que, conforme a la historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir, para diciembre de 2021, contaba con 1.573 semanas cotizadas (fº 120, archivo 06, carpeta 1 instancia, exp. Digital); por lo tanto, se puede afirmar que el demandante tiene causado el derecho pensional objeto de estudio.

No obstante, es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación al sistema, tal y como lo exige el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990. Al respecto, se advierte que si bien de la historia laboral consolidada se observa que la última cotización del señor Torres García fue en el mes

de diciembre de 2021, lo cierto es que esta documental refleja lo cotizado hasta el 3 de mayo de 2022, fecha de expedición de la misma, sin que de allí se pueda inferir que esa fecha corresponda a la de desafiliación del actor del sistema, en vista que desde esa calenda ha transcurrido casi 2 años, desconociéndose si con posterioridad se han realizado más cotizaciones, por tal razón, el disfrute efectivo de la pensión estará supeditado a ese requisito, el de la desafiliación, tal y como lo ordenó el sentenciador de primer grado.

Debe aclararse que, para su liquidación se deberá tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para el riesgo de vejez, en el porcentaje que le corresponda conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, teniendo un salario base de liquidación de toda la vida laboral o de los diez últimos años de cotización, lo que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año, y para efectos del reconocimiento ordenado, Colpensiones deberá tener en cuenta que el actor causó su pensión con posterioridad al Acto legislativo 01 de 2005, por lo que tendrá derecho a 13 mesadas pensionales al año.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Skandia y Colpensiones, comoquiera que sus recursos de alzada no prosperaran, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

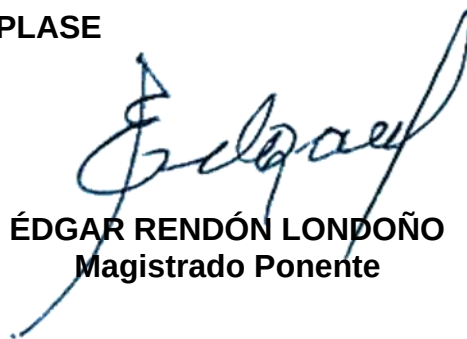
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y octavo de la sentencia de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a las AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su

integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Skandia y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



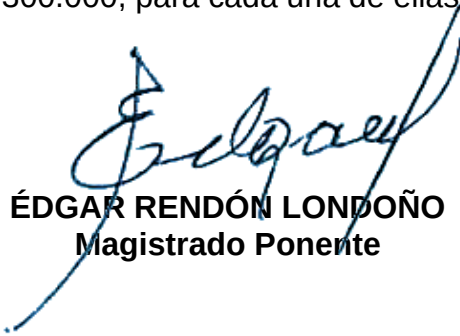
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Skandia y Colpensiones, la suma de \$1.300.000, para cada una de ellas.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105010202100344-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ROSAURA GARCÍA GUZMÁN
DEMANDADOS	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un días (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Rosaura García Guzmán** se declare la nulidad de la afiliación al RAIS que efectuó a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada cotizante, se condene a la AFP Porvenir S.A. a liberarla de sus bases de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos e

intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubiere causado y hacer el respectivo traslado a Colpensiones, al pago de costas procesales y a lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 4 a 5, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 2 a 3, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 10 de julio de 1967; que empezó su vida laboral el 5 de mayo de 1988, con el empleador SURTIPAN LTDA.; que para dicho momento fue afiliada al RPM a través del ISS; que el día 25 de junio de 1999, se trasladó de régimen pensional con la AFP Colpatria.

Relató que, el asesor de Colpatria Pensiones y Cesantías le ofreció el beneficio de pensionarse a más temprana edad y le indicó que el ISS se iba a acabar, y que por ello sus aportes se encontrarían en riesgo. Adicionalmente, le dijo que el monto de la pensión en el RAIS sería más alto; que en caso de no reunir los requisitos para pensionarse podía solicitar la devolución de su capital sin restricción alguna; que, no obstante, dicha entidad no le mencionó el monto del capital que se requería para que sus beneficiarios pudieran heredar en la modalidad de retiro programado, tampoco le indicó el plazo que tenía para retornar al RPM y no le elaboró una proyección pensional.

Sostuvo que, mediante radicado No. 0207412040600 del 4 de agosto de 2020, Porvenir S.A. le informó que tenía un capital acumulado de \$182.976.172; que el día 9 de abril de 2021, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones, entidad que rechazó su solicitud mediante oficio BZ2021_4061892-0843240; que los días 9 de abril, 11 de mayo y 8 de junio de 2021, presentó reclamación ante Porvenir S.A. solicitando la nulidad de la afiliación de traslado a dicho régimen, entidad que negó la petición a través del radicado No. 0100222109346200 del 30 de junio de 2021.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (carpeta 09, archivo 03, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el capital acumulado en el RAIS, la reclamación y respuesta; respecto a los demás hechos, señaló no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho, de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado a dicho régimen, la información suministrada por el asesor comercial, la reclamación y respuesta. Con relación a los demás hechos, manifestó no ser ciertos algunos de ellos y no constarle los demás.

Como medio de defensa, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de junio de 2023 (archivos 17 y 18, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante señora ROSAURA GARCÍA GUZMÁN, a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el día 23 de junio del año 1999, de igual forma la subsiguiente afiliación que se dio por sección el 29 de septiembre en el año 2000, de COLPATRIA al fondo HORIZONTE y la

subsecuente afiliación de traslado de HORIZONTE a la AFP PORVENIR el 29 de mayo año 2003, por no haberse cumplido con el deber de información, dándole a conocer las características, ventajas, desventajas de los regímenes pensionales y las consecuentes de su traslado pensional, por ende, se declara la ineficacia de traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, se restablece la afiliación al régimen de prima media sin solución de continuidad como si nunca se hubiese trasladado, de conformidad con lo expresado por la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la señora ROSAURA GARCÍA GUZMÁN al régimen de prima media administrado por Colpensiones sin solución de continuidad como si nunca se hubiese trasladado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

TERCERO: CONDENAR a AFP PORVENIR S.A., hacer entrega al régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ROSAURA GARCÍA GUZMÁN, correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos como lo dispone el artículo 1746 del C.C., que se hubieren causado y así mismo a realizar la devolución de los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, y debidamente indexados que le hubieren descontado durante su vinculación al fondo, se deberá hacer entrega por parte de la AFP PORVENIR con destino a COLPENSIONES de los documentos que permitan establecer el correspondiente pago de estas sumas de dinero al régimen de prima media por concepto de la señora ROSAURA GARCÍA GUZMÁN correspondientes a cotizaciones, rendimientos, intereses y la devolución de estos gastos de administración, prima de seguros jurisdiccionales, porcentajes de garantía por pensión mínima y deberá allegar la documental que permita a COLPENSIONES establecer cuáles fueron los ciclos cotizados, ingreso base de cotización, los rendimientos, las cotizaciones los frutos que han generado así como cuales fueron las sumas descontadas por gasto de administración, porcentajes de atención mínima y sumas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia para que pueda revisar Colpensiones que se hace la devolución en los términos indicados en esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia a Colpensiones a que debe imputar en la historia laboral de la demandante las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad por la demandante, la señora ROSAURA GARCÍA GUZMÁN en la historia laboral de Colpensiones para efectos pensionales, asimismo se le condena que una vez ingresen las sumas provenientes de la AFP PORVENIR debe proceder a que se haga la devolución en los términos indicados en esta sentencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la AFP PORVENIR y por COLPENSIONES, conforme a lo expuesto considerativa de la sentencia.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a favor de la parte demandante a la AFP PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, las cuales debe ser liquidadas por parte de la Secretaría del despacho, incluyendo como agencias en derecho a cargo de la AFP PORVENIR la suma de \$1.150.000 y de COLPENSIONES por concepto de agencias en derecho la suma de \$250.000.

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que, de acuerdo a la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se tenía adoctrinado que en el caso del traslado de régimen pensional era necesario que los fondos privados demostraran que habían cumplido con el deber de información, so pena de que se declarará ineficaz dicho traslado; que tal obligación no había surgido en cabeza de los fondos privados con posterioridad a la Ley 100 de 1993, sino que existía desde el mismo momento en que había entrado en vigencia dicha disposición normativa, de conformidad con el estatuto orgánico del sistema financiero establecido en el Decreto 663 de 1993, en donde ya imponía en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para que pudieran tomar una decisión informada teniendo elementos de juicio claros y objetivos para que pudieran escoger las mejores opciones del mercado.

Arguyó que, en estos casos, existía inversión de la carga de la prueba en cabeza del fondo privado, quien tenía el deber de demostrar que cumplió con el deber de información; que asimismo, se había establecido por parte de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que las afirmaciones consignadas en los formularios pre-impresos sobre una escogencia libre, voluntaria e informada no era suficiente para demostrar que se había cumplido con el deber que les acarreaba a las AFP.

Enfatizó que, conforme a las pruebas aportadas, no se lograba demostrar que la AFP Porvenir hubiera cumplido con su obligación para el momento en que se efectuó el traslado de régimen pensional, esto es, el 23 de junio de 1999, y tampoco se había logrado acreditar confesión alguna a través del interrogatorio de

parte rendido por la actora; en consecuencia debía declararse la ineficacia del traslado de régimen.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que si bien era cierto que existía una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos de traslado por la falta del deber de información, lo cierto era que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral había sido suficientemente clara y reiterativa en decir que esa línea jurisprudencial solo se aplicaba de manera diferenciada según los supuestos fácticos de los que se exigía una similitud, que en este caso no se presentaba.

Acotó que, en el presente asunto, no se daban las condiciones señaladas jurisprudencialmente debido a que en el momento en que la demandante se trasladó al RAIS lo había hecho de forma válida con sustento a las cargas normativas impuestas al fondo para el año del traslado, en ese orden, los términos que se imponían con la sentencia se habían dado posteriormente. Por consiguiente, no existían razones de hecho, ni de derecho que implicarán la ineficacia del traslado, dado que se había recibido información clara y suficiente sobre las características del funcionamiento del RAIS, aunado a que no se había elevado inconformismo durante su permanencia en el sistema.

Añadió que, no se encontraba de acuerdo frente a la condena relacionada con la devolución de los rendimientos, teniendo en cuenta que la consecuencia jurídica de la figura de la ineficacia del traslado consistía en que el negocio jurídico no se había celebrado jamás, de suerte que, los frutos productos de esa gestión tampoco se generaron. Acotó que, en caso de confirmarse la devolución de todos los rendimientos financieros causados en el RAIS, había lugar al descuento de las restituciones mutuas, porque independientemente del motivo que daba lugar a la ineficacia, era reconocerse al fondo los gastos de administración que hizo

precisamente a favor de la afiliada y de no ser así llevaría a un enriquecimiento sin justa causa a favor del régimen de prima media.

Solicitó que, también fuera absuelta respecto a la orden de devolución de sumas previsionales, al ser dineros destinados a seguros de invalidez y sobrevivencia, por lo que los mismos habían sido trasladados a las respectivas aseguradoras con las que se había cubierto a la demandante durante toda su afiliación, siendo inadmisibile su devolución ante la imposibilidad material, pues esos dineros ya no se encontraban en su poder. Asimismo, pidió fuera revocada la condena frente a la indexación de los gastos de administración y sumas previsionales comoquiera que, ante la condena de reintegro de los rendimientos, esas sumas de por sí mismas eran superiores a la orden de indexación y con los mismos se podía eventualmente otorgar el reconocimiento pensional en Colpensiones.

Finalmente, solicitó fuera desestimada de la condena en costas al haber actuado en estricto apego a la norma procesal y en ejercicio de su derecho de defensa, además de que se encontraba impedida para rechazar la voluntad de afiliación plena y formalmente manifestada por la demandante para la época del traslado.

COLPENSIONES sustentó su recurso señalando que el deber de información que tenían la AFP al momento del traslado de régimen consistía en la aceptación libre, espontánea y expresa del afiliado por medio de su firma dentro del formulario de afiliación, momento para el cual no se exigía una doble asesoría, en ese sentido, la ineficacia del traslado debía valorarse bajo la normatividad vigente para la fecha de la suscripción del formulario, no siendo razonable imponer obligaciones no previstos en el ordenamiento jurídico.

Refirió que, no tenía justificación que Colpensiones que no había participado en el trámite de traslado debiera afrontar la carga de la prestación, frente a lo cual debía considerarse que actos jurídicos tenían efectos inter partes y las

consecuencias que se derivaban de ese hecho solo debían de repercutir sobre las partes involucradas en la celebración del mismo, por lo cual no podía de ninguna manera ser favorecida, ni mucho menos perjudicada por los contratos que celebró la demandante con la AFP Porvenir, lo cual afecta la sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

Dijo que, en caso de confirmarse la sentencia, se mantenga la condena impuesta a la AFP en el entendido que reintegre la totalidad de las cotizaciones que esta recibió, tales como gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Adicionalmente, se condicione lo ordenado a Colpensiones previo al cumplimiento de las obligaciones impuestas a la AFP Porvenir.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados por Porvenir y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **Rosaura García Guzmán** nació el 10 de julio de 1967 (f° 31, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al ISS entre el 05/05/1988, hasta el 30/06/1999, acumulando un total de 397,57 semanas de cotización (carpeta 09, carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que **23 de junio de 1999**, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1 de agosto de 1999 (f°93, archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. Digital), entidad en la cual se encuentra vinculada actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado, sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

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

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

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

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

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

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

En este sentido, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación suscrito con Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. suscrito el **23 de junio de 1999**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o

porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

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

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

[...] en la medida en que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el

misma nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras). Al respecto, se observa que el Juzgador dio la orden de reembolso en los términos previamente establecidos, por lo que se confirmará integralmente su decisión.

Dichos valores deben ser indexados, comoquiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que no está llamado a prosperar el recurso que en ese sentido efectuó Colpensiones.

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Porvenir S.A. en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar también vencida en juicio en tanto tiene que trasladar al RPM las sumas percibidas por concepto de gastos de administración,

primas de seguros previsionales, entre otros, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., comoquiera que sus recursos de alzada no prosperaran de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



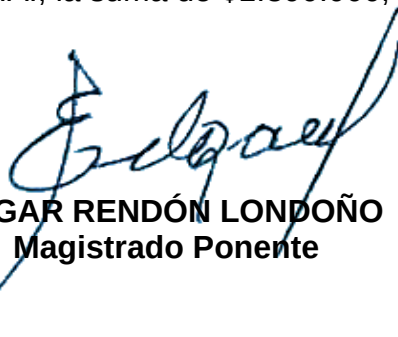
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A., la suma de \$1.300.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501420210008601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ELSA MARINA CASTRO PEÑA
DEMANDADOS	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta y un días (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Elsa Marina Castro Peña** se declare la nulidad del traslado de régimen que realizó el 25 de octubre de 1995, del ISS a Colfondos por indebida y nula información que suministró el fondo privado. En consecuencia, se ordene a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas encaminadas a anular el traslado, se condene a Colfondos a trasladar con destino a Colpensiones

la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y a Colpensiones a recibirla sin solución de continuidad, y proceda a actualizar su historia laboral, al pago de costas y agencias en derecho, y a la indexación de las condenas que se lleguen a imponer (f° 4, archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1 a 3, archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que nació el 5 de marzo de 1960; que estuvo vinculada en calidad de cotizante en el ISS; que fue abordada por los funcionarios de Colfondos quienes le ofrecieron de manera incompleta las presuntas bondades de vincularse al RAIS, en razón a ello, en octubre de 1995, se trasladó de régimen pensional.

Relató que, los funcionarios de Colfondos sin tener idoneidad y profesionalismo requerido la indujeron en error suministrándole información engañosa, incompleta y falsa sobre el monto de su pensión de vejez, como también le indicaron que con ellos sus ahorros estarían más seguros debido a que el ISS iba a desaparecer; que dicho fondo le prometió que en ese régimen se podía pensionar a la edad que quisiera y en el monto que escogiera; que al momento en que se efectuó el traslado no se le hizo una proyección de la mesada pensional en ambos regímenes; que Colfondos tampoco le informó sobre la posibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaré 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, ni le habló sobre las desventajas que tenía ese régimen.

Sostuvo que, elevó derecho de petición ante las demandadas solicitando el traslado de régimen, contestando Colpensiones el 4 de septiembre de 2019 y Colfondos el 17 de septiembre de ese mismo año.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 15, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, afiliación de la actora a dicho régimen pensional, traslado realizado con la AFP Colfondos, petición y respuesta; en relación a los demás hechos manifestó no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso, oponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** contestó (archivo 17, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, momento en que se efectuó el traslado ante dicho régimen, petición elevada por la actora ante la entidad y data en que se dio respuesta.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de junio de 2023 (archivos 34 y 35, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora ELSA MARINA CASTRO PEÑA del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A.

Señalando como consecuencia de tal declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y, por tanto, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. donde se encuentra afiliada la demandante a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones. Suma debidamente indexada.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO: CONDENAR en costas de la acción a las partes demandadas. Tásense.

Para **fundamentar su decisión**, sostuvo que existía una línea jurisprudencial sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia determinada en sentencias SL1688-2019, SL4811-2020 y SL752 -2022, entre otras, en las cuales se establecía que se generaba la consecuencia de la ineficacia del traslado ante el incumplimiento del deber de información por parte de las AFP, toda vez que por mandato legal estas tenían la carga de ilustrar a sus posibles afiliados y con antelación al acto de traslado, de manera cierta, comprensible y oportuna, sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Expuso que, de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se extraían las siguientes reglas: **i)** que no era necesario que el afiliado fuera beneficiario del régimen de transición para que surgiera la obligación de suministrar la información debida al momento del traslado; **ii)** que la AFP tenía la carga el cumplimiento del deber de información cuando se hiciera el cambio de

régimen; *iii*) que si el afiliado afirmaba no haber recibido la ilustración debida, ello correspondía a un supuesto indefinido que tendría que ser desvirtuado por la AFP a través de medios de convicción suficientes que comprobaran la entrega de una información en los términos previamente indicados y; *iv*) que ello no se satisfacía a través de allegar al plenario formularios preimpresos en razón a que si bien ese documento acreditaba la existencia de un consentimiento libre de vicio, no demostraba el de uno informado.

Arguyó que, el deber de información a cargo de las AFP existe desde su creación y se encontraba previsto en la Ley 100 de 1993, entre otras disposiciones normativas; que acogía el carácter vinculante de la jurisprudencia previamente mencionada, por lo que lo procedente era estudiar si en el caso bajo estudio, el traslado de la demandante obedecía a una decisión informada; que de acuerdo al momento en que ocurrió, estuviese precedida de una ilustración sobre las condiciones, implicaciones, efectos y riesgos de tal acto.

Indicó que, en el presente asunto no existía ningún elemento de convicción allegado por Colfondos con el ánimo de desvirtuar los hechos aducidos por la demandante, como tampoco se había obtenido ninguna confesión por parte de la actora que respaldara sus argumentos de defensa; por el contrario, lo que se demostraba con claridad era que se había surtido una asesoría precaria, pues no se había dado a conocer a la promotora del litigio al momento del traslado una información amplia y detallada sobre los regímenes pensionales.

Acotó que, ante la ausencia de información significativa, se tenía que la decisión de traslado no había estado precedida de una comprensión suficiente, por ende, de consentimiento informado, siendo un presupuesto necesario para que dicho acto se tornará eficaz; en consecuencia, conllevaba a acceder las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del acto de traslado del régimen que hizo la señora Elsa Marina Castro del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. interpuso recurso de apelación respecto de la condena impuesta concerniente a tener que retrotraer los conceptos de gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados, sustentando que la sentencia no podía ser ajena a las realidades fácticas en que se había generado el proceso, debiéndose tener en cuenta que la entidad había cumplido con el deber legal que le asistía conforme al mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por lo que gracias a dichas gestiones administrativas se le habían generado unos rendimientos. En consecuencia, solicitó que, teniendo en cuenta los principios constitucionales de equidad y justicia, se absolviera a la entidad de trasladar todos los emolumentos que componía la cuenta de ahorro individual de la demandante y solamente se ordenará trasladar sus aportes.

En cuanto los seguros previsionales, indicó que estos no podían ser retornados comoquiera que los mismos estaban destinados para cubrir los seguros de invalidez y sobrevivientes, de los cuales había sido cubierta la accionante durante su vinculación a dicho fondo, aunado a que parte del porcentaje de dicho rubro ya había sido pagado a un tercero; por consiguiente, dichos valores no se encontraban en su poder.

Recalcó que, en estos asuntos debía tenerse presente la teoría de las restituciones mutuas, por lo que de ordenarse devolver dichos conceptos le causaría a la entidad un deterioro propio a su patrimonio. Adicionalmente, peticionó que en caso de confirmarse la decisión de primera instancia se absolviera a tener que retornar los emolumentos anteriormente mencionados de manera indexada, ello también en virtud a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues la actora se había beneficiado de los rendimientos que se habían generado.

COLPENSIONES argumentó su recurso indicando que debe ser revocada la decisión de primera instancia dado que el *a quo* no tuvo en cuenta el principio de

relatividad jurídica, atendiendo a que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y la AFP, aunado a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter-partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado, la entidad no podía ser favorecida ni perjudicada con la misma; por lo que, de confirmarse la decisión se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones.

Arguyó que, conforme a lo estipulado del artículo 2 de la Ley 797 del 2003, la demandante ya se encontraba inmersa en la prohibición legal allí establecida por lo que no había lugar al traslado de régimen. De otra parte, solicitó que en caso de confirmarse lo decidido por el *a quo* se ordenará a la AFP demandada pagar a la entidad los perjuicios económicos que se generaban, en atención a la teoría del daño establecida en el derecho civil, en la cual se señala que quien causa un daño es quien debe repararlo, y no un tercero en el acto jurídico como lo es Colpensiones. Igualmente, se tuviera en cuenta las razones anteriores para ser absuelta al pago de costas y agencias en derecho.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Colfondos S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos S.A., fue ineficaz

por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **Elsa Marina Castro Peña** nació el 5 de marzo de 1960 (f° 37, archivo 03, carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al ISS entre el 09/02/1993, hasta el 30/11/1998, acumulando un total de 128,71 semanas de cotización (f° 51, carpeta 03, carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que **25 de octubre de 1995**, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colfondos, el cual se hizo efectivo a partir del 1 de noviembre de 1995 (f° 20, archivo 17, carpeta 1ª inst. exp. Digital), entidad en la cual se encuentra vinculada actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

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

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

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

Así, para la fecha en que el actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**25 de octubre de 1995**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003–, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información

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

En este sentido, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación suscrito con Colfondos S.A. el **25 de octubre de 1995**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque

al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

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

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

rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros*

previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras). Al respecto, encuentra esta Sala de decisión que el *a quo* omitió ordenar de manera completa la restitución de los mentados emolumentos.

Dichos valores deben ser indexados, comoquiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que no está llamado a prosperar el recurso que en ese sentido efectuó Colpensiones.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a las AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones y está a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de

ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la actora y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar también vencida en juicio en tanto tiene que recibir los aportes de la demandante y activarla en dicho régimen pensional, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A. comoquiera que sus recursos de alza no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

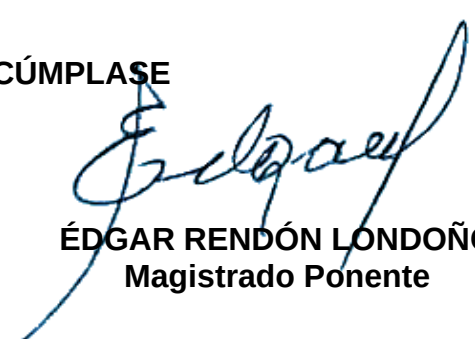
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a las AFP COLFONDOS S.A. a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colfondos S.A. y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Colfondos S.A., la suma de \$1.300.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501820210019801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARTHA CECILIA CALDERÍN ROMERO
DEMANDADOS	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un días (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Martha Cecilia Calderín Romero** se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los aportes efectuados en su cuenta de individual al régimen de prima media, junto con los rendimientos generados, sin descontarse de estos las mermas sufridas en el capital

destinado a la financiación de la pensión de vejez, los gastos de administración en que hubiere incurrido o cualquier otro tipo de descuento; que se ordene a Colpensiones a recibirla como su afiliada recibiendo los aportes sufragados en el RAIS, al pago de costas y agencias en derecho (f° 6, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 4 a 6, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que nació el 23 de diciembre de 1964; que se afilió al RPM a partir del 12 de junio de 1989, con el ISS hoy Colpensiones, que el 12 de febrero de 1996, se trasladó de régimen con la AFP Porvenir S.A.

Sostuvo que, al momento del traslado, Porvenir S.A. no le brindó información clara, precisa y concreta sobre las consecuencias negativas que le acarrearía el traslado de régimen frente al valor de la mesada pensional, no le informó sobre el capital que debía ahorrar en el RAIS para obtener la pensión de vejez, no le indicó las características de cada uno de los regímenes pensionales, ni le hizo una proyección de la mesa pensional que obtendría en Colpensiones o en el fondo privado.

Adujo que, el día 28 de julio de 2020, elevó derecho de petición ante Colpensiones y Porvenir S.A. solicitando la anulación del traslado de régimen, solicitudes que fueron resueltas de manera negativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el derecho de petición elevado ante la entidad y su respuesta; respecto a los demás hechos, señaló no ser ciertos algunos de ellos y no constarle los demás.

Como excepciones de mérito, propuso las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, dijo no ser ciertos algunos de ellos y no constarle los demás.

Como medio de defensa, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de junio de 2023 (archivos 17 y 18, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora MARTHA CECILIA CALDERÍN ROMERO, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.869.088, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., efectuada el día 12 de febrero de 1996, con fecha de efectividad el 1 de marzo del mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora MARTHA CECILIA CALDERÍN ROMERO, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.869.088, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARTHA CECILIA CALDERÍN

ROMERO identificada con cédula de ciudadanía No. 51.869.088, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 12 de junio de 1989, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante la señora MARTHA CECILIA CALDERÍN ROMERO identificada con cédula de ciudadanía No. 51.869.088, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en favor de la parte demandante en la suma de \$1.500.000. Sin costas a cargo de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Para **fundamentar su decisión**, sostuvo que las normas laborales han evolucionado para establecer la obligación del deber de información a cargo de las administradoras de fondo de pensiones en tres etapas: *i)* desde 1993, hasta el 2009; *ii)* el deber de información y buen consejo del año 2009, al 2014; y *iii)* el deber de información, del buen consejo y doble asesoría a partir de 2014, en adelante.

Recalcó que, de vieja data la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia había precisado que existía un verdadero deber de consentimiento informado cuando se garantizaba al usuario, antes de suscribirse el formulario de afiliación, las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen, esto es, a través de una información clara, cierta, comprensible y oportuna, por lo que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no era suficiente para dar por demostrado el cumplimiento de dicho requisito.

Refirió que, la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral había señalado que la carga de la prueba recaía en los fondos privados; que en el presente asunto se tenía que la demandante se había traslado de régimen el día 12 de febrero de 1996, momento para el cual el deber de información se enmarcaba en la primera etapa, dándole a conocer de forma clara y transparente las características de los dos regímenes pensionales.

Arguyó que, al revisarse las pruebas allegadas al plenario y el interrogatorio de parte rendido por la actora, no se podía establecer que se le hubiera brindado información suficiente al momento de llevar a cabo su traslado de régimen, por lo cual resultaba indiscutible que la demandada había omitido su deber legar, razón por lo cual debía declararse ineficaz dicho traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación señalando que la parte actora había guardado silencio por más de 24 años, hasta la data de la reclamación administrativa, lo cual permitía establecer que abandonó su asunto pensional, tal y como se había verificado en el interrogatorio de parte absuelto por ella, en donde además también se desprendía que el traslado de régimen pensional se había efectuado de manera libre y voluntaria.

Acotó que, igualmente debía tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, lo cual encontraba respaldo en lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C -242 de 2009, ello teniendo en cuenta que habían pasado muchos años en los cuales la actora no contribuyó en el fondo común que financiaba las pensiones de las personas que habían guardado fidelidad al régimen de prima media, lo cual ocasionaba un detrimento patrimonial para la entidad. Por último, precisó que, no se había afectado ningún derecho adquirido, expectativa legítima o beneficio pensional, pues la promotora de la litis no era beneficiaria del régimen de transición.

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación señalando que el artículo 20 de la ley 100 de 1993, autorizaba a los fondos de pensiones a efectuar descuentos respecto a la cotización total que realizaban los afiliados, aspecto que era informado a ellos a través de los extractos que recibían trimestralmente, y en donde además se les indicaba el porcentaje final que se iba a su cuenta de ahorro individual.

Refirió que, de igual manera el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, mencionaba cuáles eran los dineros que se debían trasladar cuando existía un cambio de régimen pensional, esto es, el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, lo que impedía que se pudiera ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en dicha norma, por cuanto las mismas no estaban designadas a financiar la prestación del afiliado, por lo que de ordenarse devolver valores adicionales configuraría un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante y de Colpensiones.

Respecto a la condena relacionada con la indexación, señaló que era improcedente, tal y como se indicaba en sentencia SL9316-2016, en donde la Corte señalaba que la indexación era: *«la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo»*. En ese orden de ideas, se debía tener en cuenta que dentro de las obligaciones que tenía que cumplir los fondos de pensiones era la de mantener la rentabilidad mínima en la cuenta de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, por lo que la demandante no se había visto afectada por el fenómeno de la inflación y, por el contrario, se le habían generado rendimientos financieros.

Por último, solicitó que en caso de no acogerse los anteriores argumentos, se autorice a que de los rendimientos financieros generados en favor de la actora se descuenten las condenas impuestas en el numeral 3 de la parte resolutive de la sentencia.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Porvenir y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **Martha Cecilia Calderín Romero** nació el 23 de diciembre de 1964 (f° 16, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al ISS entre el 12/06/1989, hasta el 31/01/1996, acumulando un total de 158,43 semanas de cotización (f° 17, carpeta 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que **12 de febrero de 1996**, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1 de marzo de 1996 (f°68, archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. Digital), entidad en la cual se encuentra vinculada actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en que el actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**12 de febrero de 1996**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a

sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

En este sentido, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación suscrito con Porvenir S.A. el **12 de febrero de 1996**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un*

consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

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

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

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

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

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

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e*

intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras). Al respecto, se observa que el Juzgador dio la orden de reembolso en los términos previamente establecidos, por lo que se confirmará integralmente su decisión.

Dichos valores deben ser indexados, comoquiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que no está llamado a prosperar el recurso que en ese sentido efectuó Colpensiones.

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. comoquiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

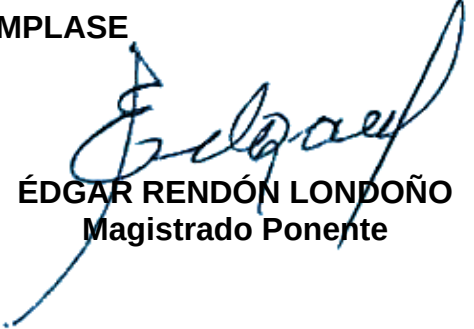
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A., la suma de \$1.300.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500420220021301
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CLAUDIA ROCÍO PICO CORREA
DEMANDADOS	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **CLAUDIA ROCÍO PICO CORREA** se declare que existió vicio en el consentimiento por falta de información cierta, clara y oportuna al momento de firmarse el formulario de vinculación No. 01256276 con la AFP Porvenir S.A., por medio del cual se efectuó el traslado de régimen pensional el día 10 de octubre de 1999, se reconozca la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo con la AFP Porvenir S.A., se decida que para efectos pensionales nunca dejó de estar afiliada y vinculada al RPM.

En consecuencia, de lo anterior, solicitó se ordene a la AFP Porvenir S.A. a efectuar el traslado de todos los aportes que se encuentran en su cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros y demás valores a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones; que se condene a Colpensiones a recibir todos los aportes, rendimientos y valor del bono pensional, a lo que resulte probado ultra y extra petita y al pago de costas del proceso (f° 3 a 4, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1 a 3, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 23 de noviembre de 1968; que a través de su empleador se afilió en junio de 1995, a Colpensiones; que durante su permanencia en dicho régimen aportó un total de 217 semanas de cotización.

Relató que, el día 11 de octubre de 1999, el promotor comercial de la AFP Porvenir S.A. la trasladó de régimen a través del diligenciamiento del formulario No. 01256276; que en dicho momento no se le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características del RAIS y del RPM, no se le dijo de forma específica cómo se causaría su pensión de vejez en cada uno de los regímenes, no le realizaron una proyección de su mesada pensional, como tampoco se le indicó cómo sería la distribución de sus aportes en cada uno de los regímenes pensionales.

Adujo que, según historia laboral emitida por la AFP Porvenir S.A. el día 12 de abril de 2022, cuenta con un saldo total de \$209.097.649 y que acredita un total de 1.205 semanas cotizadas; que a los 57 años de edad tendría un total de 1.402 semanas cotizadas obteniendo una mesada pensional de \$2.069.031, con una tasa de remplazo del 66,95 % en el RPM; que el día 8 de abril de 2022, la AFP Porvenir emitió proyección pensional en la que estipuló una mesada pensional de \$1.060.272.

Arguyó que, mediante documento del 8 de abril de 2022, la AFP demandada dio respuesta a su solicitud en la cual le señaló que le había brindado información al momento del traslado; sin embargo, no le aportó documento alguno que soportará su dicho; que el día 15 de marzo de 2022, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones; que dicha entidad mediante oficio 2022_339226-30381295, negó la solicitud.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A. contestó (archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora y el capital acumulado por ella en dicho régimen; respecto de los demás, manifestó no ser ciertos alguno de ellos y no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES contestó (archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó la fecha de

nacimiento, como también la afiliación de la actora a ese régimen y la solicitud presentada ante la entidad y respuesta; respecto a los demás hechos, indicó no constarle.

Como medios de defensa, propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derecho por fuera del orden legal, buena fe y la de imposibilidad de condena en costas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de julio de 2023 (archivo 14 y 15, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de CLAUDIA ROCÍO PICO CORREA a la AFP PORVENIR, suscrita el 11 de octubre de 1999. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto, aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada AFP PORVENIR. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$ 1 SMLMV.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que conforme lo ha definido la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral de manera pacífica y reiterada, desde que se implementó el sistema integral de Seguridad Social en Pensiones, se estableció en cabeza de las AFP, brindar información a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales con el fin de que puedan tomar decisiones informadas. Asimismo, señaló que el deber de información ha sido identificado en tres periodos: **i)** entre el año 1993, hasta el 2009, **ii)** desde el 2009, hasta 2014, y **iii)** desde el 2014, en adelante.

Acotó que, para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año 1999, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, por lo cual debió entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir y solicitar voluntariamente la opción que más se ajustara a sus intereses, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en concordancia con el Decreto 663 de 1993; refirió que, si bien la actora se había trasladado entre fondos privados, no podía validarse el desacato legal que generaba la ineficacia, precisamente porque al ser posteriores dejaban intacto los hechos u omisiones que antecederían al acto jurídico ineficaz, tal y como lo había establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral.

Señaló que, la carga de la prueba recaía en la AFP que, en el caso en concreto, el representante legal de Porvenir S.A. en interrogatorio de parte había dicho que no se documentó el contenido de la asesoría brindada a la actora y tan solo contaban con el formulario de afiliación, sosteniendo el *a quo* que del formulario de afiliación aportado lo único que se evidenciaba era el contenido de la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la actora, lo cual únicamente daban cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo se pudiera concluir que la AFP Porvenir había cumplido con el deber de información, y de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima medida con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras; por consiguiente, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, respecto de la orden efectuada por el Juez de devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales debidamente indexados. Refirió que, en cuanto a los gastos de administración, tenían una destinación legal específica establecida en la Ley 100 de 1993, obligación que recaía en ambos regímenes pensionales; que de hecho, tanto Colpensiones como las AFP privadas tenían destinado un porcentaje a este rubro de manera que, independientemente de que la demandante estuviera en otro régimen el aporte que ella hubiera realizado no iba a llegar completo.

Acotó que, en el caso de la actora, ya se le había dado la destinación correspondiente a los gastos de administración durante el período en el cual había mantenido su vinculación con el régimen de ahorro individual con solidaridad, de tal suerte que dichas sumas ya habían sido debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encontraban en su poder,

principalmente en el manejo de inversiones tendientes a obtener incrementos de rentabilidad de esos recursos.

Arguyó que, tampoco era procedente que la administradora debiera restituir las sumas que pagó por concepto de primas de seguros previsionales, por cuanto tampoco se encontraban en su poder sino en la compañía aseguradora que contrató para la cobertura del pago de esas sumas necesarias para financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requería, debiéndose considerar que al ser confirmada la sentencia sobre tal aspecto existiría un enriquecimiento sin causa a favor de la parte actora en la medida que se estarían inaplicando las normas legales que regulaban las restituciones mutuas derivadas de la ineficacia del acto jurídico.

De otro lado, indicó que al imponerse que esas sumas se devolvieran de manera indexada implicaría que por un mismo hecho se impusieran dos condenas, teniendo en cuenta la orden efectiva del despacho de devolver los rendimientos.

COLPENSIONES

Argumento su recurso señalando que no podía declararse la ineficacia de traslado de régimen pensional, toda vez que la demandante había llevado a cabo su traslado de manera libre y voluntaria, aceptando las condiciones mismas que conllevaban el régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificando su decisión cuando permaneció dentro de este régimen por más de 15 años.

Afirmó que, tampoco era viable recibir a la promotora del proceso en el régimen de prima media, dado que ya se encontraba inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 797 del 2003, en la cual se señalaba que una persona no podía trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de diez años para cumplir la edad requerida para pensionarse. Además de ello, se tenía que la señora Rocío Pico había sido negligente en su actuar, en el entendido que solamente se preocupó de su futuro pensional al momento de solicitar la prestación de vejez, a pesar de que contaba con una formación al ser profesional como abogada, por lo que pudo haber consultado la norma previamente.

Recalcó que, la falta de información debió haber sido probada por la demandante y no por las demandadas, en el entendido que en los casos de nulidad o ineficacia de traslado, la sentencia C-086 de 2006, se ha pronunciado frente a este asunto y ha dicho que solamente se invertirá la carga de la prueba cuando se hayan vulnerado expectativas legítimas, que en el caso de la señora accionante no contaba con la edad, no estaba próxima a pensionarse,

no era beneficiaria del régimen de transición y tampoco estaba inmersa en ninguna prohibición legal que le invalidará su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Finalmente, señaló que no se le podía endilgar la responsabilidad a Colpensiones de recibir a una persona que no había estado vinculada dentro de este régimen, ya que dejaba en desventaja a los demás afiliados que habían permanecido dentro del mismo, lo cual estaría en contravía al principio de sostenibilidad financiera, tal y como lo estipulaba el artículo 48 de la constitución política de Colombia.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, si hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **Claudia Rocío Pico Correa** nació el 23 de noviembre de 1968 (f° 3, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculada al ISS realizando aportes pensionales desde el 01/06/1995, hasta el 30/11/1999, reuniendo un total de 213,57 semanas cotizadas (carpeta 16 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **11 de octubre de 1999**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1 de diciembre de 1999, entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (f° 69 y 85, archivo 05, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella*

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

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

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

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

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

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria

(1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014— en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad —**11 de octubre de 1999**— la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 —posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003—, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el **11 de octubre de 1999**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-

impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima,*

debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado, tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones y Porvenir S.A., comoquiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones y Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, y Porvenir S.A. en la suma de \$1.300.000, a cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500920210036801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	AYDEE RODRÍGUEZ MORENO
DEMANDADOS	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **AYDEE RODRÍGUEZ MORENO** se declare la nulidad por ineficacia en la falta de requisitos del traslado y afiliación efectuados al RAIS el día 24 de julio de 2001, a través de la AFP Porvenir S.A., ante la falta de información veraz y suficiente.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores, aportes, rendimientos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos e intereses que hubiere recibido con motivo de la afiliación ante RAIS; que se ordene a Colpensiones a recibirla y afiliarla al RPM, se sancione a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho, y a lo que resulte probado ultra y extra petita (fº 57, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 55 a 56, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 13 de febrero de 1964; que comenzó a cotizar al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a partir del 1 de diciembre de 1987, a

través del ISS hoy Colpensiones; que en la actualidad ha cotizado durante toda su vida laboral un total de 1.350 semanas.

Relató que, la AFP Porvenir S.A. le presentó un panorama futuro mucho mejor que el ofrecido por el ISS con el fin de obtener su traslado, sin que existiera una debida proyección de su mesada pensional; que dicha entidad no le suministró una información veraz, oportuna, precisa, transparente, completa y comprensible frente a las consecuencias del traslado; que la AFP demandada le aseguró que se podía pensionar en cualquier edad y con una mesada pensional superior a la que podía recibir en el ISS, no le indicó cuál era el saldo que debía tener en su cuenta de ahorro individual para obtener dicha pensión, induciéndola al error, siendo convencida de afiliarse al RAIS el 24 de julio de 2001.

Por último, arguyó que, según cálculo practicado a su historia laboral, existe un detrimento financiero del 247,55 % frente a la mesada pensional que le correspondería en el RPM.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora; respecto de los demás, manifestó no constarle.

Como medios de defensa, propuso las excepciones de imposibilidad de declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. contestó (fº 52 a archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, señaló no ser ciertos algunos de ellos y no constarle los demás.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de mayo de 2023 (archivo 17 y 18, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Aydee Rodríguez Moreno, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por Porvenir S.A., el 24 de julio de 2001.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a recibir de Porvenir S.A., todos los valores que le fueron trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

Fundamentó su decisión, señalando que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral había explicado que el deber de información a cargo de las AFP, es un deber exigible desde su creación, que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado cada vez con mayor exigencia y ha identificado tres periodos conforme a las normas que han regulado el tema, así: **i)** el de 1993 hasta el 2009, **ii)** del 2009 al 2014, y **iii)** el último del 2014, en adelante.

Enfatizó que, en sentencia SL2209-2021, la Corte señaló que no existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que pueda tener respecto de sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la simple expresión genérica, de allí que desde el inicio correspondiera a las AFP informar clara y suficientemente los efectos que acarrearía el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese traslado.

Arguyó que, en armonía de lo anterior, el Decreto 663 de 1996, era aplicable a las AFP desde su creación, en donde consagra la obligación que tenían de suministrarle a los usuarios

información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizaran, de suerte que les permitiera a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado.

Expuso que, en el caso en concreto, la demandante había acreditado que en principio se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales y había efectuado cotizaciones correspondientes a 571,86 semanas, como se observaba de su historia laboral; que asimismo, se había evidenciado que el 24 de julio del 2001, se había efectuado un traslado desde el régimen de prima media a Porvenir.

Precisó que, si bien se podía corroborar del reporte expedido por Asofondos que el traslado inicial se había realizado de forma libre, espontánea y sin presiones; sin embargo, no se había acreditado que la afiliada contará con una información suficiente, por lo cual debía declararse la ineficacia eficacia del traslado que había realizado con Porvenir el 24 de julio del 2001.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.** inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, respecto al numeral segundo de la sentencia de primera instancia, específicamente frente a la orden de devolver las sumas debidamente indexadas.

Sostuvo que, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL9316-2016, precisó que la indexación *«es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía»*; que en ese orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que debía cumplir los fondos privados estaba la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas ahorro individual de cada uno de los afiliados, resultaba incompatible y excluyente que se ordenara la indexación, ya que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se habían visto afectados por la inflación; por el contrario, se le había generado rendimientos muy superiores a los que se garantizaban en el régimen de prima media.

Precisó que, si se declaraba la ineficacia del traslado, los efectos de esa figura jurídica consistían en devolver las cosas al estado anterior, es decir, como si el traslado de régimen pensional nunca hubiera existido, por lo cual no entendía por qué se ordenaba el traslado de los rendimientos, si estos solo se generaban en el régimen de ahorro individual y si el traslado no hubiera existido, los rendimientos tampoco.

Adujo que, en el Tribunal Superior de Cali, dentro del proceso con radicado 2022-562 había dicho lo siguiente: *«respecto de la indexación, la Sala considera que no hay lugar a dicha imposición toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado de esos emolumentos a retornar, por tal razón, se revoca dicha condena con Colfondos y Porvenir»*. En consideración a lo anterior, refirió que al ordenarse la indexación de cualquier suma de dinero, resultaría imponerse una doble sanción.

COLPENSIONES argumentó su recurso, solicitando fuera revocada la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que Colpensiones es un tercero de buena fe; que de acuerdo con los requisitos exigidos por la jurisprudencia y la normatividad, Colpensiones o en su momento ISS actuó rectamente, ya que para la época de los hechos la norma existente era la Ley 100 de 1993, que solo exigía para el cambio de régimen la suscripción del formulario por parte del afiliado y adicionalmente establecía la libre escogencia del régimen pensional.

Adicionalmente, indicó que el afiliado podía asistir a todas las AFP a solicitar información y cambiarse de régimen si así lo deseaba, razón por lo cual Colpensiones o mejor en su momento el ISS no tenía la obligación legal de retener al afiliado, a continuar sujeto al régimen de prima media. Asimismo, dentro del expediente no obraba prueba alguna que demostrará que se estaba en presencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil como error, fuerza y dolo.

Igualmente, debía tenerse en cuenta que había existido una ratificación expresa que saneaba un presunto vicio del contrato, ello teniendo en cuenta que la demandante durante todo este tiempo había consentido que se le hicieran los descuentos respectivos con destino al régimen de ahorro individual, tampoco existía prueba que permitiera acreditar que había existió o no un vicio alguno del consentimiento por el deber de información, aunado a ello no era al fondo de pensiones a quién le competía la carga de la prueba, existiendo una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil.

Por otra parte, señaló que debía considerarse que en el precedente de la Corte Suprema de Justicia se utilizaba como norma para la aplicación del deber de información el Decreto 663 de 993; no obstante, dicha norma solo se había materializado a través de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario, sin presiones; de manera que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituía en una situación de carácter imposible

que quebranta la seguridad jurídica, si bien la AFP debió informar de manera suficiente a la actora, esto no la exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional de la cual dependía sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez.

Agregó que, debía tenerse también en cuenta la descapitalización del sistema, tal y como lo establecían las sentencias C-1024 del 2004, SU 062 del 2010 y SU 130 del 2013, en las que se manifestaba que nadie podía resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los afiliados a ese esquema, dado que el régimen solidario de prima con prestación definida se descapitalizaría.

Finalmente, solicitó que en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia se condicionará el cumplimiento de la sentencia a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en el RAIS de la demandante por la AFP, como son las cotizaciones de rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, y los demás a que hubiera lugar debidamente indexados, por el período en que permaneció afiliada al fondo privado. De igual forma, solicitó fuera absuelta a la condena en costas en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Aydee Rodríguez Moreno nació el 13 de febrero de 1964 (f° 31, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculada al ISS realizando aportes pensionales dese el 01/12/1987, hasta el 31/07/2001, reuniendo un total de 571,86 semanas cotizadas

como se desprende del resumen de semanas cotizadas que milita a folios 148 a 149, del archivo 07 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital; y *iii*) que el **24 de julio de 2001**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1 de septiembre de 1999, entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (fº 118 y 122, archivo 07, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Asimismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad —**24 de julio de 2001**—la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 —posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003—, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el **24 de julio de 2001**, de él solo se advierte la fecha de su

diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula preimpresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó,

conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

De otra parte, cabe señalar que no es obligatorio para esta Sala de Decisión dar aplicación a sentencias proferidas por las Salas Laborales de otros Tribunales del país, como lo pretende el recurrente, pues se trata de un precedente horizontal, el cual no resulta vinculante, máxime cuando el que aquí se acoge, es el vertido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado, tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar también vencida en juicio en tanto tiene que recibir los aportes efectuados por la demandante en el RAIS y demás emolumentos objeto de condena, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones y Porvenir S.A., comoquiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los

conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones y Porvenir S.A.

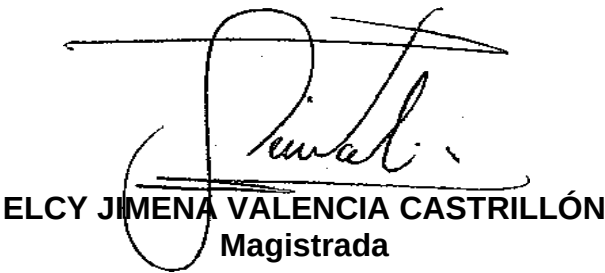
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, y Porvenir S.A. en la suma de \$1.300.000, a cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501120200052101
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	NANCY ROCÍO CAMACHO LONDOÑO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **NANCY ROCÍO CAMACHO LONDOÑO**, se **declare** la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS realizada el 29 de julio de 1996, a través de la AFP Protección y posteriormente con la AFP Porvenir, por medio de la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones al RAIS; que se declare la libertad de afiliarse al RPM. En consecuencia, se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada cotizante, se condene a Porvenir S.A. como fondo actual a liberarla de sus bases de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado y hacer el respectivo traslado de sus

cotizaciones a Colpensiones, se condene al pago de costas y agencias, y a lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 5, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 2 a 4, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 1 de noviembre de 1962; que se afilió al RPM con el ISS hoy Colpensiones en donde cotizó hasta el 29 de julio de 1996, fecha en que se trasladó a la AFP Protección y posteriormente, el 28 de junio de 1999, se trasladó a la AFP Porvenir S.A.

Narró que, en visita efectuada por los asesores de la AFP Protección y Porvenir, le ofrecieron el beneficio de pensionarse a más temprana edad y que el ISS iba a ser liquidado y que por ello sus aportes se encontrarían en riesgo; que de igual forma le señalaron que el monto de su pensión en el RAIS sería mayor y que si al momento de cumplir la edad no lograba pensionarse, podía solicitar la devolución de su capital acumulado sin restricción alguna.

Relató que, al momento de la afiliación, no se le indicó el monto del capital requerido para obtener una pensión de renta vitalicia y tampoco cuál era el monto del capital para que pudieran heredar sus beneficiarios en retiro programado, no le señalaron el plazo para retornar al RPM, no le elaboraron una proyección de su pensión haciendo una diferencia con la que podía haber recibido en el RPM.

Sostuvo que, la AFP Porvenir, el 8 de julio de 2019, realizó una proyección de su mesada pensional en la que le informó que en dicho régimen recibiría la suma de \$2.608.500; que diligenció formulario de traslado de régimen con radicado No. 2019_8496350 del 26 de junio de 2019, ante Colpensiones, entidad que rechazó la solicitud mediante oficio BZ2019_8629517; que también presentó reclamación ante la AFP Porvenir y la AFP Protección S.A. solicitando la nulidad de la afiliación la que igualmente fue negada.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

AFP PORVENIR S.A. contestó (archivo 08, carpeta 1.ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud presentada por ella ante la entidad y la respuesta emitida; respecto a los demás hechos, manifestó no ser ciertos alguno de ellos y no constarle los demás.

Como excepciones de mérito, propuso la 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.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 09, carpeta 1.^a inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha en que efectuó su traslado al RAIS, así como la solicitud y respuesta a la petición presentada por la actora ante la entidad; en cuanto a los demás hechos, manifestó no ser ciertos algunos de ellos y no constarle los demás.

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 del sistema general de pensiones, traslados de aportes a la AFP Porvenir, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión por administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica.

COLPENSIONES contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda (archivo 10, carpeta 1^a inst. exp. digital), en cuanto a los hechos admitió la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación a dicho régimen, la solicitud de traslado y respuesta; frente a los demás fundamentos fácticos, manifestó no constarle.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de marzo de 2023 (archivo 17, carpeta 1.^a inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del régimen pensional efectuado el día veintinueve (29) de julio de 1996, por la señora NANCY ROCÍO CAMACHO LONDOÑO, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A. y su posterior traslado a la AFP PORVENIR S.A., acaecido en el año 1999.

SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por la demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima. PROTECCIÓN, quien ya trasladó en 1999, la cuenta de ahorro individual a PORVENIR, deberá entonces devolver a COLPENSIONES el porcentaje que en su momento descontó y destinó a esos gastos de administración (comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y en caso de haberse realizado, el pago de primas de FOGAFÍN) y fondo de garantía de pensión mínima. PORVENIR deberá no solo devolver esos porcentajes que descontó y destinó a esos gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, sino también el valor de la cuenta de ahorro individual que hoy tiene la demandante en dicha AFP. Esa devolución de dineros con destino a COLPENSIONES lo deberán realizar PROTECCIÓN y PORVENIR en un término máximo de (2) meses contados a partir del momento en que esta sentencia quede debidamente ejecutoriada.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante NANCY ROCÍO CAMACHO LONDOÑO al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Además, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar las semanas cotizadas por la demandante en el RAIS en la historia laboral de COLPENSIONES.

CUARTO: Las excepciones propuestas se declaran imprósperas.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a las sociedades PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho en favor de la demandante la suma de 2 SMLMV, los cuales deberán ser asumidos por partes iguales por ambas AFP.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que el traslado y afiliación a los distintos regímenes pensionales se encontraba establecido en los artículos 13, 60 y 114 de la Ley 100 de 1993, así como en los artículos 10,12 y 15 del Decreto 720 de 1994, normatividades que consagraban que el traslado de régimen pensional debía realizarse a partir de la cabal y completa asesoría al asegurado para tomar una decisión responsable e informada.

Indicó que, desde el año 2008, hasta el año 2014, se presentaron las primeras providencias en torno a la nulidad del traslado por parte de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, quien abordó el estudio a partir del acto jurídico del traslado por la existencia de vicios del consentimiento; que a partir de la sentencia SL12136 de 2014, la Corte modificó su postura en cuanto a que la omisión de la debida asesoría por parte de las AFP al momento de presentarse el traslado de régimen pensional convertía dicho traslado en ineficaz, entendida como la inexistencia de ese

acto jurídico. Adicionalmente, la Corte había dicho que por tratarse de un derecho mínimo que consagraba garantías a favor de los afiliados, las AFP debían suministrar información clara, cierta y comprensible sobre las características, condiciones de los beneficios, diferencias, los riesgos y las consecuencias de ese cambio de régimen pensional, sin importar si para el momento del traslado el afiliado tuviera o no un derecho consolidado, posición que se había mantenido hasta la fecha.

Refirió que, la alta Corporación de cierre de la jurisdicción Ordinaria laboral había dicho que existían 3 etapas del deber de información, el cual ha ido creciendo paulatinamente en cuanto a su exigencia, dejando en claro que desde el año 1993, con el Decreto 663 de esa anualidad, las AFP tenían la obligación de entregar una información necesaria a los afiliados. Acotó que, si bien para el año 1996, fecha en que se llevó a cabo el traslado por parte de la demandante, no se exigía dejar ninguna constancia de esa asesoría, además del formulario de afiliación; sin embargo, sobre tal aspecto había analizado la Corte que en ese documento pre-impreso en el que se indicaba que el traslado era libre y voluntario, también debía haberse demostrado que se había dado una información suficiente y necesaria. Por último, aludió que, la Corte como tercera regla, había establecido que la carga de la prueba recaía en las AFP.

Adujo que, en el caso particular se tenía que, en el interrogatorio de parte, no se había llegado a ninguna confesión, encontrándose demostrado que las AFP demandadas no habían cumplido con su deber de información, por lo cual debía declarar ineficaz el traslado realizado por la actora al RAIS.

CONSULTA

Ninguna de las partes formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por lo que el *a quo* resolvió remitirlo a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, a efectos de que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Protección S.A., y posteriormente, con la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, como consecuencia de ello, si hay lugar a trasladar a Colpensiones todos aportes realizados por parte de la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Nancy Rocío Camacho Londoño Correa nació el 1 de noviembre de 1962 (f° 2, archivo 02, carpeta 1.ª inst. exp. Digital); **ii)** que la actora estuvo afiliada al RPM con Colpensiones entre 03/02/1986, hasta el 31/07/1996, acumulando un total de 546,14 semanas (f° 64, archivo 10, carpeta 1.ª inst. exp. Digital); **iii)** que se trasladó al RAIS administrado por la AFP Protección S.A., a través de formulario de afiliación suscrito el **29 de julio de 1996**, con fecha de efectividad a partir de 1 de septiembre del mismo año (f° 40 y 41, archivo 09, carpeta 1.ª inst. exp. Digital); y **iv)** que posteriormente, el día 28 de junio de 1999, se trasladó a la AFP Porvenir S.A. entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (f° 32, archivo 08, carpeta 1.ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Igualmente, se fijó por esa Corporación que, es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP

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

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

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

su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado, sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

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

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

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

Así, para la fecha en la que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad —**29 de julio de 1996**—, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del

artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 —posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003—, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección suscrito el **29 de julio de 1996**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la actora, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos

los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen —actos de relacionamiento—, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente, en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles, pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras). Al respecto, encuentra esta Sala de decisión que el *a quo* omitió ordenar de manera completa la restitución de los mentados emolumentos y la indexación respectiva.

Dichos valores deben ser indexados, comoquiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la actora y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

Sin costas en esta instancia, por no haberse formulado recurso por ninguna de las partes.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**

COLPENSIONES, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501620210010901
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ELVIA PATRICIA ZAPATA VELANDIA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ELVIA PATRICIA ZAPATA VELANDIA** se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado de régimen que se realizó el día 1 de julio de 1999, del ISS a la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositada en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; que se ordene a Colpensiones a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen y a recibirla sin solución de continuidad, al pago de costas y a las condenas ultra y extra petita (fº 2, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 1 a 2, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 22 de octubre de 1969; que cotizó

al ISS un total de 189 semanas; que el 1 de julio de 1999, encontrándose cotizando como trabajadora dependiente, se trasladó al RAIS mediante afiliación con Porvenir S.A.

Narró que, la aparente decisión libre y voluntaria de cambiarse de régimen pensional no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió; que dicho traslado se caracterizó por la nula información que recibió por parte del fondo respecto al monto y la forma como se liquidaría su mesada pensional; que al 31 de julio de 2020, ha reunido un total de 1.263 semanas de cotización en toda su vida laboral. Preciso que, Porvenir S.A. no le comunicó antes del 22 de octubre de 2016, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión; que el 3 de diciembre de 2020, solicitó ante Porvenir S.A. y Colpensiones su traslado de régimen.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

AFP PORVENIR S.A. contestó (archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, así como la solicitud radicada ante la entidad; respecto a los demás hechos manifestó no ser ciertos algunos de ellos y no constarle los demás.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda (archivo 20, carpeta 1ª inst. exp. digital), en cuanto a los hechos admitió la fecha de nacimiento de la demandante como la solicitud de traslado presentado por ella ante la entidad; frente a los demás fundamentos fácticos, manifestó no ser cierto el numeral 2 y no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de inoponibilidad por tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de a la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado o nulidad cuando se tiene el estatus de pensionado en el RAIS, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de abril de 2023 (archivo 41 y 42, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizara la demandante, señora ELVIA PATRICIA ZAPATA VELANDIA identificada con cédula de ciudadanía No. 51.981.278, el día 16 de junio de 1999 y que tuvo efectividad desde el día 01 de agosto de la misma anualidad por la AFP PORVENIR S.A., por motivo de la omisión en el deber de información.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS AFP PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, lo cual incluirá el traslado de los montos por capital, créditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración y en general todo valor que haya recibido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la parte demandante.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir los recursos condenados en el numeral anterior y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, traduciendo en igual número de semanas en tal régimen, a las que cotizó la demandante en el de ahorro individual con solidaridad.

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

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a las demandadas, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los montos de Medio Salario.

Para fundamentar su decisión sostuvo que como fuentes para desarrollar el problema jurídico se debía tener en cuenta la Constitución Política, artículo 48, artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que desde el año 2008, había desarrollado en torno a la nulidad e ineficacia del traslado de régimen pensional varias reglas que se debían tener en cuenta para determinar si se daban los presupuestos para ordenar el traslado de régimen.

Indicó que, las reglas de la Corte consistían en: **i)** que siempre ha existido el deber de información en cabeza de las AFP, para entregar una información suficiente, clara, oportuna, entendible y ajustada a las particularidades de cada caso en concreto para entender que de esa forma se obtendría un consentimiento suficiente he informado para comprender el alcance de trasladarse de régimen pensional y sus implicaciones; **ii)** que para ordenarse la ineficacia del traslado no se requería que la

persona se encontrará en el régimen de transición, y *iii)* que el formulario de vinculación y traslado no era prueba suficiente.

Agregó que, asimismo, dicha Corporación había establecido 3 etapas en estos casos: *i)* desde la expedición de la Ley 100 de 1993, hasta que se expidió la Ley 1328 de 2009, *ii)* desde que se expidió la Ley 1328 de 2009, y hasta que se expidió la Ley 1748 de 2014, *iii)* desde la expedición de la Ley 1748 de 2014, en adelante.

Arguyó que, al verificarse los anteriores requisitos al caso de la demandante, se tenía que se había aportado por parte de la AFP demandada el formulario de vinculación y traslado el cual no era suficiente, por cuanto si bien demostraba que había sido una decisión libre y voluntaria, no se había acreditado que había sido suficientemente informado como lo ordenaba la jurisprudencia, debiéndose tener en cuenta que para el momento en que surtió el traslado se estaba en la primera etapa, momento para el cual consideraba la Corte que debía ilustrarse sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

CONSULTA

Ninguna de las partes formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por lo que el *a quo* resolvió remitirlo a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, a efectos de que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información; como consecuencia de ello, si hay lugar a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por parte de la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Elvia Patricia Zapata Velandia Correa nació el 22 de octubre de 1969 (f° 10, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que la actora estuvo afiliada al RPM con Colpensiones entre 01/04/1995, hasta el 30/06/1999, acumulando un total de 185 semanas de cotización (f° 17, archivo 20, carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A., a través de formulario de afiliación suscrito el **16 de junio de 1999**, con fecha de efectividad a partir de 1 de agosto del mismo año entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (f° 53 y 58, archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Igualmente, se fijó por esa Corporación que, es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual,

toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad —**16 de junio de 1999**—, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 —posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003—, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el **16 de junio de 1999**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la actora, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo**

permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras). Al respecto, encuentra esta Sala de decisión que el *a quo* omitió ordenar de manera completa la restitución de los mentados emolumentos y la indexación respectiva.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, y los

rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

Sin costas en esta instancia, por no haberse formulado recurso por ninguna de las partes.

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

RESUELVE:

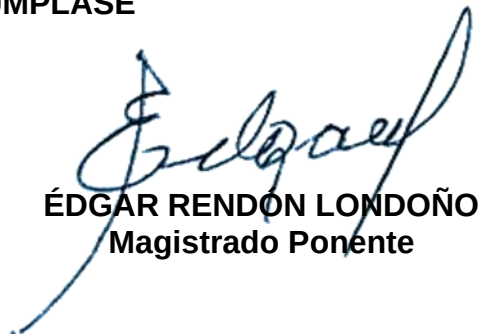
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la

pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502620200039801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ENRIQUE ÁLVAREZ PORRAS
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los Treinta y uno (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ENRIQUE ÁLVAREZ PORRAS** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS); en consecuencia, se le ordene a la AFP Porvenir retornar a Colpensiones todos los aportes y rendimientos acreditados en su cuenta de ahorro individual, junto con los bonos pensionales, intereses, comisiones, gatos de administración y servicios financieros; que se **ordene** a Colpensiones recibirlo y mantenerlo como su afiliado sin solución de continuidad; que se **condene** a las demandadas al pago de las agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 carpeta 1ª insta exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 7 de diciembre de 1959; que se afilió al RPM-ISS en el mes de octubre de 1979, donde hizo aportes hasta diciembre de 1994, acumulando 636 semanas; que en enero de 1995, se trasladó al RAIS a través de la

AFP Porvenir S.A., pero el asesor en ese momento no cumplió con el deber de información, pues no lo ilustró sobre las consecuencias de su cambio de régimen pensional, las ventajas y desventajas de ambos regímenes, la forma en que se adquirirían las prestaciones en cada uno y las modalidades pensionales, que no le realizó cuadros comparativos del RPM y del RAIS, no le indicaron que podía hacer aportes voluntarios, que por el contrario le indicó que de no hacer el cambio sus aportes corrían riesgo de perderse ante la inminente desaparición del ISS, pues el Gobierno Nacional no garantizaría el reconocimiento y pago de las pensiones a sus afiliados, y que dicho asesor le informó que le reconocerían una pensión a sus 60 años de edad con un monto muy superior a la del ISS.

Narró que, la AFP Porvenir S.A., le informó que a sus 62 años tendría derecho a una mesada pensional de \$1.647.000, la cual es bastante inferior a la que se le liquidaría en el RPM, y a lo prometido por esa entidad; que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones el 3 de febrero de 2020, pero no había recibido respuesta a la presentación de esta acción.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 07, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que se afilió al ISS donde cotizó 408,83 semanas; que se trasladó al RAIS, y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 103-142 archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor se trasladó del RPM al RAIS a través de esa AFP, mediante formulario suscrito el 05 de mayo de 1994, efectivo a partir del 01 de junio de igual año; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró que, la decisión de cambio de régimen pensional fue libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las

implicaciones de este, el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, tal como se apreciaba en el formulario de vinculación, el cual es un documento público, que tiene la observación conforme el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, y que es auténtico según los artículos 243 y 244 del CGP.

Expuso que, no omitió detalle de las ventajas o desventajas del RAIS, además que por tratarse de un sistema público y obligatorio las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones de los dos regímenes pensionales, se encuentran consagradas, definidas y establecidas en la Ley.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de mayo de 2023 (archivo 15-16 exp. digital), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante ENRIQUE ALVAREZ PORRAS de C.C # 19.412.757, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR S.A a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR S.A, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000).

Fundamentó su decisión en que, según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia este caso debía abordarse desde la ineficacia, ya que, conforme lo establecido en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, lo que debía verificarse es si el acto jurídico que generó el traslado de régimen pensional fue informado, pues la AFP debía ilustrar sobre los riesgos que implicaba el traslado de régimen y sus beneficios, permitiendo una decisión autónoma y consciente.

Señaló que, esta misma Corporación reiteró que el deber de información ha existido desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de manera que, debía analizarse el momento histórico de la afiliación con la finalidad de verificarse si se había cumplido o no con el deber legal, esto es, determinar si se había ilustrado al afiliado sobre las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada régimen pensional. Igualmente, la Corte había señalado que el consentimiento vertido en los formularios de afiliación era insuficiente, toda vez que se debía demostrar un consentimiento debidamente informado, carga de la prueba que estaba a cargo del fondo de pensiones; que en igual sentido el Decreto 656 de 1994, artículo 15 contempla la obligación de todo fondo de establecer un reglamento que contenga derechos y deberes de los afiliados el cual debía ser puesto de presente al momento de su afiliación.

Indicó que, el deber de información tenía varias etapas, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; que para el año 1994, cuando el demandante se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir debía como mínimo haberlo ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Expuso que, en el expediente obraba un formulario firmado el 05 de mayo de 1994 por el actor a través del cual se afilió a la AFP demandada, en el que solo se plasmaron los datos personales del demandante, sin que de él pudiera colegir el cumplimiento del deber de información, y que del interrogatorio de parte rendido por el señor Álvarez no se evidenciaba que le hubiesen hablado acerca de las características de los dos regímenes pensionales, ni como se accedería a la pensión de vejez en cada uno, y que si bien le habían referido algunos beneficios del RAIS como los rendimientos financieros, no le explicaron en detalle cómo funcionaba este.

Advirtió que, la carga de la prueba de demostrar que información brindó al momento del traslado era de la AFP Porvenir, y esta no se cumplió, en consecuencia, concluyó que declararían ineficaz el traslado de régimen pensional, por tanto, ordenaría a Porvenir que traslade a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, prima de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje correspondiente al fondo de

Garantía de Pensión mínima anterior, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación de manera parcial, puntualmente respecto de que debe devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales y lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexadas, recordó que ese concepto se refería a la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de esta por el transcurso del tiempo, que en ese orden de ideas dado que los fondos privados debían garantizar al afiliado una rentabilidad mínima de su capital, resultando ambas figuras incompatibles y excluyentes, pues los recursos no se han visto afectados por la inflación, sino que por el contrario se generaron rendimientos financieros superiores a los que debía garantizar.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor ENRIQUE ÁLVAREZ PORRAS nació el 07 de diciembre de 1959; **ii)** que realizó aportes al ISS entre el 08 de octubre de 1979 y el 26 de febrero de 1991, acumulando 408,43 semanas, según historia laboral expedida por Colpensiones el 25 de mayo de 2022 (carpeta 07.1 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que el **05 de mayo de 1994**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1° de junio de igual año

(f.º 176-178, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) donde ha venido cotizando hasta la fecha.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en

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

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

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

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

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la

administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–05 de mayo de 1994 –**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el **05 de mayo de 1994**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

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

Tampoco puede admitirse que actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que por ello no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1994.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en

el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos***» (negrilla y subraya fuera del texto original) (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por la juez de primer nivel, se confirmará la decisión de primer grado.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Porvenir.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

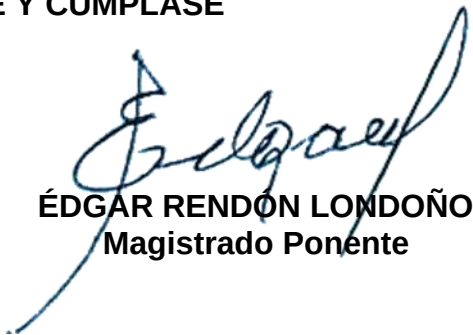
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de mayo de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. la suma de \$1.300.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502620220045901
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JUAN JAIME QUINTANILLA MARTÍNEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los Treinta y uno (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Juan Jaime Quintanilla Martínez** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) a través de la AFP Porvenir, por omisión del deber de información, en consecuencia, se le ordene a esta retornar a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y gastos de administración recibidos con motivo de su vinculación; se **ordene** a Colpensiones recibirlo y mantenerlo como su afiliado sin solución de continuidad; que se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y al pago de las agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 carpeta 1ª insta exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 29 de diciembre de 1961; que estuvo afiliado al ISS desde el inicio de su vida laboral hasta el año 2002; que el 09 de

diciembre de 2002, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., pero que el asesor no le suministró información correcta y veraz sobre las consecuencias reales de su cambio de régimen, no le explicó la naturaleza propia del RAIS, ni sus características, ni su diferencia con el RPM administrada en ese momento por el ISS, es decir, omitió darle información de las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen pensional.

Narró que, tampoco le indicó: i) las condiciones que debía cumplir para acceder a las prestaciones sociales; ii) que el monto de la mesada pensional dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta individual; iii) que el valor de la pensión de vejez en el RPM no dependía del ahorro, sino del tiempo acumulado en semanas de cotización, edad y salario base de cotización; iv) que en el RPM la mesada pensional no estaba sujeta al comportamiento de la economía y el mercado financiero, mientras que en el RAIS el monto acumulado por los afiliados sí dependía del mercado financiero, que puede variar de forma muy desventajosa; v) que podría hacer aportes voluntarios para incrementar el valor de la pensión siendo ésta la única posible ventaja de trasladarse a dicho fondo privado de pensiones, entre otras. Agregó que actualmente se encuentra vinculado a la misma AFP.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que se afilió al ISS desde el 11 de diciembre de 1984, que se trasladó al RAIS; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y la genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor se trasladó del RPM al RAIS a través de esa AFP, mediante formulario suscrito el 09 de diciembre de 2002, efectivo a partir del 01 de febrero de 2003; frente a los

demás indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos.

Aclaró que, le brindó una asesoría clara, oportuna y suficiente, en cumplimiento de su deber de información y actuando dentro de la buena fe objetiva, que presentó a cabalidad el funcionamiento, condiciones y características tanto del RAIS como del RPM conforme lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las AFP al momento en que se materializó el traslado de régimen pensional); que en esa asesoría, se le informó a la demandante, que podría pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado en su Cuenta de Ahorro Individual compuesto por los aportes obligatorios, los aportes voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permita obtener una mesada pensional superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente y a su vez, indicando características propias del régimen que le han asistido desde el momento de su afiliación, tales como la existencia de excedentes de libre disponibilidad, la devolución de saldos en caso de no cumplir presupuestos para el derecho pensional, heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecer sin beneficiarios, la pensión de garantía mínima, entre otros; además que toda esa información estaba consagrada en la Ley 100 de 1993.

Planteó como excepciones de fondo, las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de julio de 2023 (archivo 17-18 exp. digital), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante JUAN JAIME QUINTANILLA MARTÍNEZ de C.C # 79.274.282, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR S.A a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los

efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR S.A, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL (\$1'200.000)

Fundamentó su decisión, en que según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia este caso debía abordarse desde la ineficacia, ya que, conforme lo establecido en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, lo que debía verificarse es si el acto jurídico que generó el traslado de régimen pensional fue informado, pues la AFP debía ilustrar sobre los riesgos que implicaba el traslado de régimen y sus beneficios, permitiendo una decisión autónoma y consciente.

Señaló que, esta misma Corporación reiteró que el deber de información ha existido desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de manera que debía analizarse el momento histórico de la afiliación con la finalidad de verificarse si se había cumplido o no con el deber legal, esto es, determinar si se había ilustrado al afiliado sobre las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada régimen pensional. Igualmente, la Corte había señalado que el consentimiento vertido en los formularios de afiliación era insuficiente, toda vez que se debía demostrar un consentimiento debidamente informado, carga de la prueba que estaba a cargo del fondo de pensiones; que en igual sentido el Decreto 656 de 1994, artículo 15 contempla la obligación de todo fondo de establecer un reglamento que contenga derechos y deberes de los afiliados el cual debía ser puesto de presente al momento de su afiliación.

Indicó que, el deber de información tenía varias etapas, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; que para el año 2002, cuando el demandante se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir debía como mínimo haberlo ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Expuso que, en el expediente obraba un formulario firmado el 09 de diciembre de 2002, por el actor a través del cual se afilió a la AFP demandada, en el que solo se plasmaron los datos personales del demandante, sin que de él pudiera colegir el cumplimiento del deber de información, y que del interrogatorio de parte rendido por el

señor Quintanilla no se evidenciaba que le hubiesen hablado acerca de las características de los dos regímenes pensionales, ni como se accedería a la pensión de vejez en cada uno, y que si bien le habían referido algunos beneficios del RAIS como los rendimientos financieros, no le explicaron en detalle cómo funcionaba este.

Advirtió que, la carga de la prueba de demostrar que información brindó al momento del traslado era de la AFP Porvenir, y esta no se cumplió, en consecuencia, concluyó que declararías ineficaz el traslado de régimen pensional, por tanto, ordenaría a Porvenir que traslade a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, prima de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje correspondiente al fondo de Garantía de Pensión mínima anterior, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación, frente a la totalidad del fallo, indicando en primer lugar que el traslado del actor a esa AFP había sido producto de una decisión voluntaria, por lo que no podía aplicarse de manera extensiva las sanciones contempladas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; que el traslado se dio de forma acompañada por los asesores de esa entidad quienes le indicaron algunas características propias del RAIS, por lo que se podía concluir que cumplió con el deber de información contenido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, esto sumado a que el formulario de vinculación cumplía con los requisitos exigidos para esa data que eran los establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Consideró que, a los afiliados les asiste un deber mínimo de diligencia y cuidado de sus propios negocios, el que en este asunto no se cumplió por parte del actor, pues este manifestó que no realizó preguntas, que no le preocupaba su futuro pensional, que tampoco leyó el formulario de afiliación, sumado a que nunca se acercó a las oficinas de la AFP ni actualizó sus datos, lo que implicaba una imposibilidad de entrega del deber de información dada la aptitud del señor Quintanilla, quien no buscó recibir este.

Manifestó que, la inconformidad del demandante no radica en cómo se dio su traslado al RAIS, sino al incumplimiento en una expectativa suya respecto del monto de su pensión de vejez, esto pese a que él desconoce a ciencia cierta cual sería dicho

valor en el RAIS y en el RPM, no obstante, esta motivación económica no es fundante de causales de ineficacia.

De otro lado, solicitó que en caso de mantenerse la ineficacia del traslado se revoque la condena a devolver los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior porque dichos rubros ya no están en poder de Porvenir porque a estos se les dio la destinación establecida en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, refuto la condena a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y el aporte al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, por considerar que los rendimientos financieros cubrían con creces dicho concepto.

COLPENSIONES presentó recurso de apelación argumentando que conforme el artículo 167 del CGP, los vicios del consentimiento deben ser demostrados por quien los alega, por lo que no podía trasladarse a la AFP la carga de probar que se actuó con dolo; que en este asunto le correspondía al actor demostrar los vicios en su consentimiento no bastando para ello una simple afirmación.

Expuso que, con la declaración de primera instancia el más afectado el Colpensiones quien debe recibir en el RPM un afiliado que desde el año 2002, no realizó aportes a ese régimen; que resultaba imposible para las AFP demostrar las circunstancias que rodearon el cambio de régimen porque había transcurrido más de 20 años desde que ello ocurrió, por lo que debía aplicarse el principio de que nadie está obligado a lo imposible.

Solicitó que, se revoque la condena en costas, dado que no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen y que siempre obró de buena fe.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir S.A., y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Juan Jaime Quintanilla Martínez nació el 29 de diciembre de 1961; *ii)* que realizó aportes al ISS entre el 11 de diciembre de 1984 y el 31 de enero de 2003 acumulando 634,57 semanas, según historia laboral expedida por Colpensiones el 24 de febrero de 2018 (carpeta 08.1 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **09 de diciembre de 2002** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1º de febrero de 2003 (f.º 70, archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital) donde ha venido cotizando hasta la fecha.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar

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

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

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

que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**09 de diciembre de 2002**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y

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

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el **09 de diciembre de 2002**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] *firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado*» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro

individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco puede admitirse que actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que por ello no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 2002.

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

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

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

pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos***» (negrilla y subraya fuera del texto original) (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por la juez de primer nivel, se confirmará la decisión de primer grado.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Porvenir.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES,

declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA APELACIÓN COLPENSIONES

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad

social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de julio de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.300.000 a cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105028202100505-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JAIME BLANCO LÓPEZ
DEMANDANDO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los Treinta y uno (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JAIME BLANCO LÓPEZ**, se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Pensionar hoy AFP Skandia y posteriormente a otras AFP, por omisión al deber de información. En consecuencia, se **ordene** a la AFP Skandia y Porvenir trasladar a Colpensiones, las cotizaciones o aportes, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración; que se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación al RPM y actualizar su historia laboral, lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. Digital), señaló en síntesis, que nació el 24 de febrero de 1964; que se afilió al ISS en mayo de 1988; que los asesores de la AFP Pensionar le ofrecieron trasladarse al RAIS, indicándole que le era más beneficioso, porque iba a tener una mejor mesada pensional, que en el afán de captar su afiliación el asesor no le estudió y validó su situación particular, no le explicó todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, omitiendo darle la información necesaria, comprensible, suficiente y objetiva sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional, y fue así como el 10 de octubre de 1995 suscribió formulario de vinculación al RAIS con el mencionado fondo privado.

Expuso que, posteriormente recibió la visita de un asesor de la AFP Porvenir con el cual firmó formulario de afiliación el 26 de enero de 2009; que cumplirá los requisitos para pensión el 24 de febrero de 2026 momento para el cual en el RAIS le corresponderá una mesada de garantía mínima, mientras que en el RPM sería de \$4.048.233; que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones el 22 de septiembre de 2021.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 216-229 archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que estuvo afiliado al ISS y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban por ser ajenos a esa entidad. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y «*declaratoria de otras excepciones*».

La **AFP SKANDIA** contestó (archivo 09 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor suscribió formulario de afiliación con la AFP Pensionar el 25 de octubre de 1995, vinculación que

estuvo vigente hasta el 28 de febrero de 2009; frente a las demás, indicó que no los aceptaba, y aclaró que mediante escritura pública 6394 del 21 de diciembre de 1998, de la Notaría 18 de Santa Fe de Bogotá D.C., inscrita el 23 de diciembre de 1998 bajo el número 661937 del libro IX, la sociedad Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A, se fusionó con la sociedad administradora de fondos de pensiones Pensionar S.A., absorbiéndola, por ende, *«desconoce por completo las circunstancias específicas y determinadas que rodearon la asesoría brindada por los promotores del entonces PENSIONAR»*.

Formuló como excepciones de fondo, las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen debido a 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 el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 10, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor se trasladó a esa AFP mediante formulario firmado el 26 de enero de 2009, a los demás manifestó que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró que, le informó al promotor del litigio de forma oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz las características del RAIS, así como las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo dicho régimen de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, y que fue él quien de forma libre, espontánea e informada suscribió la vinculación, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la mencionada Ley 100, y los artículos 243 y 244 del CGP.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de mayo de 2023 (archivo 18-19 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor JAIME BLANCO LÓPEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de noviembre de 1995, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PENSIONAR hoy SKANDIA S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor JAIME BLANCO LÓPEZ identificada con C.C. 91.103.653, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A., Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que el demandante realizó cotizaciones al RPM-ISS donde acumuló 285,43 semanas, que se trasladó al RAIS a través de la AFP Pensionar hoy Skandia S.A., con efectividad a partir del 1° de noviembre de 1995; que posteriormente realizó un traslado a la AFP Porvenir S.A., siendo efectiva esa afiliación a partir del 1° de marzo de 2009, donde permanece hasta la actualidad.

Señaló que, cuando se cuestiona si se cumplió o no con el deber de información, el estudio debe abordarse desde la óptica de la ineficacia por ser esta la consecuencia jurídica que previo el legislador en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, razón por la que era equivocado abordar el análisis desde el régimen de las nulidades por cuanto resultaba desproporcionado exigirle al afiliado que demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento -error, fuerza o dolo-.

Indicó que, en este caso le correspondía a la AFP Pensionar hoy Skandia la carga de probar en qué circunstancias se hizo el traslado del actor, y si le brindó una información veraz y oportuna sobre las implicaciones de este y sobre la verdadera situación que ella tenía frente a los dos regímenes pensionales, para que su consentimiento estuviere realmente informado y escogiera el que mejor le conviniera; que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia era pacífica y reiterada al indicar que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de una voluntad informada la AFP debía probar que le informó de manera completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable sino también lo desfavorables, e incluso de ser el caso debía desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses y que la omisión a ese deber traía como consecuencia la ineficacia del traslado.

Advirtió que, en el plenario no se había acreditado que la AFP Pensionar hoy Skandia para el año 1995, le hubiese explicado las ventajas y desventajas que conlleva el cambio de régimen pensional, pues del interrogatorio de parte del actor no se extraía confesión alguna en ese sentido, por lo que colegía que quien propició el cambio de régimen no acreditó haber cumplido con el deber de información, lo que traía como consecuencia la ineficacia del cambio de régimen, y los realizados con posterioridad. Sostuvo que como el traslado de régimen pensional celebrado el 25 de octubre de 1995, era ineficaz, este no se subsanaba por virtud de las vinculaciones posteriores a otras AFP ni porque la AFP Porvenir S.A., le hubiese realizado una simulación pensional.

Sostuvo que, la oportunidad en que debe proporcionarse la asesoría en debida forma al afiliado, era previo al traslado del régimen, por ende, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó al

RPM en las oportunidades legales previstas, no podían validar el desacato legal que generaba la ineficacia del acto jurídico del traslado del régimen, el cual no podía subsanarse.

Concluyó que, declararía ineficaz el traslado de régimen pensional realizado en 1995, por lo que Colpensiones debía recibir al actor en el RPM y la AFP Porvenir S.A., debía trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación parcial, argumentando primero, que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, había establecido que un 0.5% del ingreso base de cotización se destinaria al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS y un 3% para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y segundo, que el artículo 113 de la misma norma, fijaba que cuando había cambio de régimen del RAIS al RPM solo debía transferirse el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, lo que impedía que se trasladaran a Colpensiones los conceptos ordenados por la A quo, máxime que estos no están destinados a financiar la pensión.

Sostuvo que, obligarlo a retornar a Colpensiones los gastos de administración, los seguros de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, constituía un enriquecimiento sin causa en su favor; sumado a que la indexación era improcedente porque el capital del actor ha generado rendimientos financieros superiores a los mínimos legales, luego su dinero no se ha visto afectado por la inflación.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación únicamente frente a la condena en costas, para que la misma se revoque dado que ha obrado en estricto cumplimiento del ordenamiento legal, por lo que resultaba desproporcionada dicha condena, máxime

que no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen celebrado entre el actor y la AFP Skandia S.A., y que la buena fe se debe presumir hasta que se demuestre lo contrario.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir S.A., y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en lo que no fue objeto de alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Pensionar hoy Skandia, y posteriormente a otra AFP, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos, que: *i)* el señor **JAIME BLANCO LÓPEZ** nació el 26 de febrero de 1964; *ii)* estuvo afiliado al ISS entre el 20 de mayo de 1988 y el 31 de octubre de 1995, donde aportó 285,43 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones el 10 de agosto de 2022 (archivo 11 carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* se trasladó al RAIS a través de la AFP Pensionar mediante formulario de vinculación firmado el **25 de octubre de 1995**, con efectividad a partir del 01 de noviembre de igual año; y *iv)* realizó un traslado horizontal a la AFP Porvenir el 26 de enero de 2009 con efectividad a partir del 01 de marzo de igual año y allí permanece hasta la actualidad.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte

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

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

En ese sentido, precisó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas

de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y empezó a realizar aporte **–25 de octubre de 1995–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Pensionar suscrito el 25 de octubre de 1995, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente,

completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que el actor se vinculó a varias AFP, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

De otro lado, no podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, o que al haber permanecido en el mismo régimen desde el año 1995, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

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

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

Tampoco puede admitirse que porque actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1995; y el hecho que se hubiese trasladado entre fondos privados no convalida el cambio de régimen, primero, porque la ineficacia es insubsanable (sentencia CSJ SL1688-2019), y segundo, porque el hecho de realizar «sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello» convalide el incumplimiento del deber de información (sentencia CSJ SL3349-2021).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Adicionar la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Skandia S.A., a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, toda vez que el a *quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó

rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Porvenir.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA APELACIÓN COLPENSIONES

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado

de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto proceder con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedara así:

- **CONDENAR** a **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, las primas de seguros

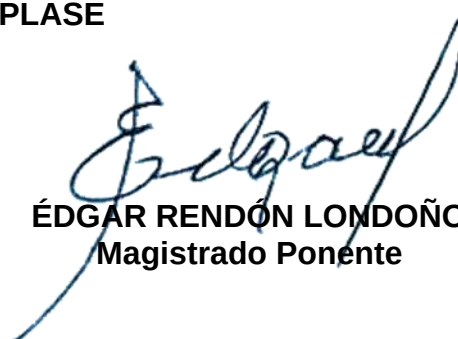
previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, descontados al demandante entre el 1° de noviembre de 1995, y el 28 de febrero de 2008. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

- **CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 01 de marzo de 2009 en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir, la suma de \$1.300.000 a cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503220210008701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GLORIA ASTRID HENAO VELÁSQUEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los Treinta y uno (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **GLORIA ASTRID HENAO VELÁSQUEZ** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de la AFP Colfondos; en consecuencia, se ordene a Colpensiones aceptar su traslado y recibir sus aportes pensionales realizados en el RAIS; se **condene** a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 02 y 04, carpeta 1ª inst, exp digital), señaló en síntesis, que nació el 05 de octubre de 1961; que se afilió al ISS y realizó aportes allí entre el 15 de noviembre de 1984, y el 29 de julio de 1999; que en la última fecha referida se trasladó al RAIS a través de la AFP Colmena AIG, esto debido a que un asesor de ese fondo se hizo presente en las instalaciones de su empleador, y se le brindó un espacio en una reunión donde la conminó a ella y a sus compañeros a

trasladarse a ese fondo, bajo el argumento de que el ISS iba a ser liquidado, que nadie podría pensionarse, pero sin informarle las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS.

Narró que, pasados casi dos años desde su traslado al RAIS, al Colegio donde laboraba se presentó un asesor de la AFP Colfondos S.A., quien la convenció de trasladarse a este, y allí permanece hasta la actualidad; que a mediados del año 2019, se puso en contacto con su administradora de pensiones para coordinar su retiro y le informaran el monto de su pensión, a lo cual recibió una respuesta completamente opuesta a lo que se le había prometido, pues le indicaron que su mesada sería de salario mínimo; y que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 08 carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su vinculación y aportes al ISS, y el agotamiento de la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Propuso como excepciones de fondo, las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, improcedencia de la declaración de nulidad de traslado de pensionados, 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, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.**, contestó (archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos solo aceptó la fecha de nacimiento de la actora; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, agotó todos los requisitos legales y exigibles por la ley para brindar al afiliado toda la información de manera eficaz, oportuna y clara, dando siempre la posibilidad al afiliado de comunicarse con la entidad de la manera más sencilla como lo son sus canales electrónicos, y también de manera mensual le enviaba extractos de la cuenta individual de pensión al afiliado, así mismo daba contestación a sus inquietudes y requerimientos.

Planteó como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor a esa AFP, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la innominada.

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia celebrada el 09 de junio de 2022 ordenó vincular a la **AFP Protección S.A.**, la cual fue notificada en debida forma, y contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, y que esta se trasladó del ISS a la AFP Colmena mediante formulario firmado el 29 de julio de 1999; frente a los demás indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, sus promotores eran y son capacitados permanentemente, que cuentan con el conocimiento técnico, y la lealtad moral suficiente para orientar a los posibles afiliados, que en esa oportunidad comunicaron a la actora todo sobre el sistema general de pensiones, las características del RAIS y del RPM, las diferencias entre ambos, la forma de adquirir una pensión en uno y otro, las consecuencias del traslado y todos los aspectos necesarios para que la misma pudiera tener claridad respecto a su panorama pensional, y así pudiera tomar una decisión consiente y voluntaria.

Planteó como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento sentencia CSJ SL3752-2020, traslado de aportes a la AFP Colfondos y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de julio de 2023 (archivo 31 carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante GLORIA ASTRID HENAO VELÁSQUEZ a través de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., de fecha 29 de julio de 1999, así

como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la vinculada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO.- CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por COLFONDOS S.A. con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO.- ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante GLORIA ASTRID HENAO VELÁSQUEZ como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO.- CONDENAR en costas a la vinculada PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que en este caso estaba fuera de discusión que la demandante estuvo inicialmente afiliada al RPM, que solicitó trasladarse al RAIS administrado por la AFP Colmena hoy Protección S.A., según se desprendía del formulario de vinculación suscrito el 29 de julio de 1999, y que posteriormente, se vinculó a la AFP Colfondos el 15 de junio de 2001 y allí permanece en la actualidad.

Precisó que, la Ley 100 de 1993, mediante el cual se creó el Sistema General de Pensiones se encuentra compuesto por dos regímenes solidarios pero excluyentes entre sí, el RPMPD y el RAIS, señaló que en la misma normativa en el artículo 13 se establece el derecho de los afiliados a la escogencia de régimen pensional, selección que debe realizarse de manera libre, voluntaria y que debe ser manifestada por escrito al momento del traslado. Reseñó que la redacción original del literal e) establecía que los afiliados podían ejercer el derecho de traslado una vez cada 3 años contados desde el momento de la selección inicial y posteriormente con ocasión de la expedición de la Ley 797 de 2003, en su artículo 2° se modificó dicho literal estableciendo que el derecho a trasladarse se puede ejercer una vez cada 5 años contados desde el momento de la selección inicial, con la prohibición de trasladarse de régimen a quienes les faltaren 10 años o menos para llegar a la edad de pensión señalada en la ley; que se estableció un periodo de gracia para aquellos afiliados que al momento de la expedición de la ley estaban inmersos en la prohibición de trasladarse de régimen, refiriéndose a lo consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Hizo mención del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Decreto Ley 663 de 1993 y el deber de información de las entidades vigiladas por la Superfinanciera en cuanto a la obligación de otorgar a los usuarios la información necesaria de las operaciones que realicen de suerte que les permita obtener elementos de juicio, claros y objetivos para escoger las mejores condiciones del mercado.

Frente a la carga de la prueba, aseveró que las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la simetría entre una aseguradora experta y un afiliado neófito en materias pensionales de alta complejidad, refiriendo que el engaño no sólo se produce de lo que se afirma sino de los silencios que se guardan en proporcionar la información que resulte necesaria para la decisión que se persigue, señalando así que la debida diligencia se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada, al respecto trajo a colación la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.

En lo que respecta al deber de información, realizó un esbozo refiriéndose a su la evolución y la obligación de los jueces de la república en verificar el cumplimiento de dicho deber de conformidad con el momento histórico en el que se produjo el traslado, que para el caso en concreto el demandante se trasladó de régimen el 29 de julio de 1999, y que para dicha data el deber de información conllevaba como mínimo la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, asimismo señaló que el deber de información no se acredita con la simple suscripción de un formulario, configurándose así la ineficacia de la afiliación por la insuficiencia de la información y lesiones injustificadas en el acceso al derecho pensional, y que en los términos del artículo 1604 del Código Civil el cotejo de la información brindada debe corresponder a la realidad en relación con las pruebas allegadas por las AFP y los datos proporcionados a los afiliados los cuales de no ser ciertas acarrearán las sanciones pecuniarias del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y en los que deben constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia del derecho pensional, sobre el particular citó las sentencias SL19447-2017 y SL1452-2019.

Dijo que, no es necesario que el afiliado demuestre ser beneficiario del régimen de transición o estar ad- portas de causar el derecho pensional o tener un derecho consolidado para poder solicitar la ineficacia del traslado. Dado lo anterior evidenció que la demandante nació el 05 de octubre de 1961, que en el reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones verificó que la demandante estuvo afiliada al ISS y que cotizó desde el 15 de noviembre de 1984 hasta el 30 de noviembre de 1999 un total de 631,29 semanas y que el formulario de afiliación de la demandante a Colmena hoy AFP Protección S.A. está fechado

29 de julio de 1999, que se trasladó a la AFP Colfondos el 15 de junio de 2001, y que al 29 de julio de 2019 contaba con 1.615 semanas aportadas en el sistema general de pensiones.

Sostuvo que, del interrogatorio de parte absuelto por la actora se evidenciaba que sí hubo una reunión o conversación con un asesor de Colmena, no obstante el juzgador llegó a la conclusión de que la AFP Protección S.A. no cumplió con la carga de acreditar haber suministrado información clara y suficiente sobre la naturaleza de cada uno de los regímenes pensionales, las características de estos, diferencias y las consecuencias del traslado de régimen; en consecuencia, concluyó que había lugar a declarar la ineficacia del traslado al RAIS realizado el 29 de julio de 1999, lo cual afectaba también el efectuado a la AFP Colfondos el 15 de junio de 2001.

En lo que concierne a las excepciones formuladas por las demandadas, el a quo las declaró no aprobadas y enfatizó que frente a la excepción de prescripción cuando lo que se pretende es la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional dicho derecho es imprescriptible al respecto citó la sentencia CSJ SL1689- 2019, del órgano de cierre de la Jurisdicción Laboral. Finalmente se refirió a la condena en costas y agencias en derecho a cargo de la demandada AFP Protección S.A. por ser la administradora a través de la cual se produjo el cambio de régimen, sin costas respecto a la demandada Colpensiones y AFP Colfondos, en tales términos se pronunció el juzgador de primer grado.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que conforme el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 los afiliados no podían trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez a menos que tuviesen 15 años de servicios efectivamente cotizados al 01 de abril de 1994, esto con el fin de proteger la sostenibilidad financiera del sistema pensional; que en ese asunto la demandante no acreditó ninguno de los dos supuestos referidos, pues no es beneficiaria del régimen de transición en razón al tiempo de servicios, y al momento en que solicitó el traslado del RAIS al RPM contaba con 58 años de edad, estando inmersa en la prohibición referida.

Refirió el principio de relatividad jurídica toda vez que Colpensiones era un tercero en el acto jurídico del traslado de régimen celebrado entre la AFP Colmena y la demandante, por lo que con independencia de la decisión de la actora esa entidad no podía verse ni favorecida ni perjudicada.

COLFONDOS S.A., interpuso recurso de apelación argumentando que lo descontado por gastos de administración, prima de reaseguros de Fogafín, primas de los

seguros de invalidez y sobrevivientes, y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, no fue por capricho de esa entidad, sino por disposición legal.

Expuso que conforme el Decreto 2555 de 2010, los gastos de administración tenían una destinación específica, entre ella la adquisición en favor de la afiliada de los seguros previsionales de invalidez y muerte, por lo que ella ha estado cubierta de esas contingencias e incluso así continúa siendo hasta la ejecutoria de esta sentencia, cumpliéndose con la destinación de dicho concepto; además que estos también se utilizan para que esa entidad pueda generar rendimientos respecto de los aportes de sus afiliados, siendo esa AFP la que mayor ganancia entrega pues no se limita al rendimiento mínimo.

Señaló que, obligar a esa AFP a devolver los gastos de administración a Colpensiones generaría un enriquecimiento sin justa causa, ya que también está recibiendo los rendimientos financieros generados, además dichos rubros son de tracto sucesivo y por ello se deben afectar por el fenómeno de la prescripción.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colfondos y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. y posteriormente a otra AFP, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora GLORIA ASTRID HENAO VELÁSQUEZ nació el 05 de octubre de 1961; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 15 de noviembre de 1984, al 30 de noviembre de 1999, un total de 631,29 semanas según historia laboral de Colpensiones actualizada a 21 de junio de 2021 (carpeta 09, carpeta 1ª inst, exp digital); *iii)* que el **29 de julio de 1999**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Colmena hoy Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1º de septiembre de igual año (archivo 24, carpeta 1ª inst, exp

digital); y **iv)** que el 15 de junio de 2001, se trasladó a la AFP Colfondos y allí permanece hasta la actualidad (archivo 07, carpeta 1ª inst, exp digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades

administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

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

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

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

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

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus

potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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

Así, para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–29 de julio de 1999–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, **lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.**

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **29 de julio de 1999**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente,

completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que la actora pasó de Protección a Colfondos, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento–, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este

argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad. (Negrillas fuera del texto original).

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

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

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

Tampoco puede admitirse que actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que por ello no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1999 y el hecho que se hubiese trasladado entre fondos privados no convalida el cambio de régimen, primero, porque la ineficacia es insubsanable (sentencia CSJ SL1688-2019), y segundo, porque el hecho de realizar «sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello» convalide el incumplimiento del deber de información (sentencia CSJ SL3349-2021).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz,**

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de*

*invalidéz y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos**» (negrilla y subraya fuera del texto original) (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por la juez de primer nivel, se confirmará la decisión de primer grado.*

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Colfondos, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

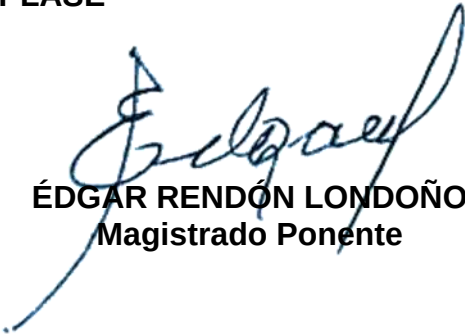
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de julio de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones y Colfondos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Colfondos, la suma de \$1.300.000, a cargo de cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503520210022401
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	HERMES ANTONIO RANGEL ACEVEDO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A.

En Bogotá D. C. a los Treinta y uno (31) días del mes de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende de forma principal el señor HERMES ANTONIO RANGEL ACEVEDO se **declare** que Colpensiones liquidó erradamente su indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a través de acto administrativo 7928 del 27 de febrero de 2006, al no tener en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas al extinto Instituto de los Seguros Sociales, la cual debió acceder a la suma de \$39.289.171; en consecuencia, se le **condene** a esa entidad a cancelar la diferencia existente entre el valor reconocido y lo que realmente se debió pagar, que a la fecha asciende a \$18.706.735, a los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a la indexación y a las agencias en derecho y costas procesales.

De manera subsidiaria, solicitó se declare que Avianca S.A., es responsable del pago de los periodos laborados y cotizados entre el 21/01/1959 y el 01/10/1967

al ISS; en consecuencia, se le condene a su respectivo pago conforme al cálculo actuarial que efectuó Colpensiones.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01 carpeta 1ª inst exp digital), señaló que nació el 24 de enero de 1939; que laboró para la antigua Aerovías Nacionales de Colombia hoy Aerovías del Continente Americano Avianca S.A., del 21 de enero de 1959 al 01 de octubre de 1967, lo que corresponde a 447.28 semanas; que su empleador le descontó de nómina para realizar sus aportes en pensiones; que el último aporte realizado al ISS hoy Colpensiones fue el 01 de marzo de 1991, completando 814,7 semanas con el tiempo laborado para Avianca S.A.

Narró que, el ISS mediante Resolución 7928 del 27 de febrero de 2006, se le reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en la cual no se tuvo en cuenta el tiempo de servicios a Avianca S.A. razón por la que esa prestación quedó erradamente liquidada; que solicitó la actualización de la historia laboral con los tiempos de servicios a Avianca S.A., pero que Colpensiones le respondió que en su archivo no figuraban dichos tiempos; que el 16 de agosto de 2019, solicitó la revocatoria directa del acto administrativo que reconoció la indemnización sustitutiva y en su lugar se concediera la pensión de vejez o en su defecto se reajuste la indemnización reconocida teniendo en cuenta las semanas cotizadas en los periodos de 1959 a 1967, pero que Colpensiones negó lo pretendido mediante Resolución 276512 del 07 de octubre de 2019, la que confirmó en Resolución SUB 315539 del 19 de noviembre de 2019.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (archivo 20 carpeta 1ª inst exp digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que cotizó en el RPM-ISS desde el 30 de julio de 1982, acumulando un total de 367 semanas, que el último aporte se realizó el 01/03/1991, que mediante Resolución 7928 del 27 de febrero de 2006, el ISS le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que mediante radicado 2019_3060948 el actor solicitó actualización de su historia laboral teniendo en cuenta los tiempos laborados para Avianca S.A., pero que le fue negada esa petición porque la cobertura para los riesgos de Invalidez, Vejez, y Muerte administrados por el antiguo ISS, en el departamento de Cundinamarca inició a partir de 1967/01; que el 16 de agosto de 2019, el promotor del litigio realizó reclamación, la cual se negó mediante Resolución 276512 del 7 de octubre de 2019,

confirmada en Resolución SUB 315539 del 19 de noviembre de 2019. Frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

AVIANCA S.A., contestó (archivo 15 carpeta 1ª inst exp digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó el vínculo laboral entre el 21 de enero de 1959, y el 01 de octubre de 1967, ocupando el cargo de gerente local; frente a los demás indicó que no le constaban o que no eran ciertos. Aclaró que no efectuó cotizaciones por riesgo de Invalidez, Vejez y Muerte al Seguro Social, toda vez que esa entidad mediante Decreto 3041 de 1966, expidió por primera vez, el reglamento general del Seguro Social obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte y llamó a inscripciones obligatorias para el cumplimiento del riesgo en mención para la ciudad de Bogotá el 2 de enero de 1967, razón por la que Avianca no estaba facultada para afiliar y cotizar por sus empleados.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, compensación, pago y la genérica o innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 06 de diciembre de 2022 (archivo 49-50 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que determine el valor del cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 21 de enero de 1959 al 01 de octubre de 1967, conforme al salario determinado en la parte motiva de esta providencia y teniendo en cuenta los límites establecidos para el ingreso base de cotización.

1959	\$650
1960	\$609
1961	\$1.073
1962	\$1.360
1963	\$3.000
1964	\$275
1965	\$275
1966	\$275
1967	\$275

SEGUNDO: CONDENAR a AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A., a reconocer y pagar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES el monto determinado por dicha administradora correspondiente al cálculo actuarial de los periodos comprendidos entre el 21 de enero de 1959 al 01 de octubre de 1967.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, una vez cuente con el cálculo actuarial debidamente cancelado por la demandada AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A., a incluir dentro de las semanas cotizadas del demandante HERMES ANTONIO RANGEL ACEVEDO, el periodo comprendido al 21 de enero de 1959 al 01 de octubre de 1967.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la entidad demandada AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$500.000 suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas.

El a quo explicó que, la indemnización sustitutiva era una institución que permitía a los afiliados que, al llegar a la edad mínima de pensión, sin el cumplimiento de las semanas exigidas para la prestación de vejez, y ante la imposibilidad de continuar cotizando al sistema, obtener unos dineros producto de sus aportes pensionales. Explicó que esta prestación es de carácter subsidiario o sustitutivo de la pensión de vejez.

Expuso que, en este asunto la norma que regía la materia era el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, el cual reprodujo.

Indicó que, la pretensión principal en este asunto era la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez incluyendo el periodo laborado para Avianca S.A, entre el 21 de enero de 1959, y el 01 de octubre de 1967. Informó que conforme el material probatorio se tenía que ese empleador no afilió al actor al ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte y tampoco pagó dichas cotizaciones

con posterioridad, tal como también lo había confesado en su contestación de demanda.

Narró que, conforme el Decreto 3041 de 1966, por el cual se aprobó el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, y que indicó que para Bogotá su vigencia sería desde el 02 de enero de 1967, por lo que no había lugar a reliquidar la indemnización sustitutiva, porque por parte del empleador Avianca nunca hubo afiliación pues no tenía en esa época dicha obligación, siendo imposible para Colpensiones requerir a dicha empresa para su pago, por lo que absolvería de la pretensión principal.

Frente a la pretensión subsidiaria, esto es, el pago del cálculo actuarial por parte de Avianca S.A., a Colpensiones de las cotizaciones causadas entre el 21 de enero de 1959, y el 01 de octubre de 1967; afirmó que antes de la existencia del ISS las pensiones de jubilación estaban a cargo de cada empleador conforme la Ley 6ª de 1945, y posteriormente esa obligación fue subrogada con la creación del ISS.

Advirtió que, conforme el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, el empleador tenía la obligación de realizar una provisión correspondiente a las cotizaciones para pensión de cada trabajador, para que esta fuera entregada al Instituto de Seguros Sociales cuando esa entidad asumiera el pago de la pensión de jubilación; que con la expedición de la Ley 100 de 1993, la afiliación adquirió un carácter general, siendo obligatorio para todos los empleadores del país vincular al sistema de seguridad social integral a sus trabajadores.

Sostuvo que, en este asunto si bien la demandada solamente tuvo la obligación de afiliar a sus trabajadores a partir del 02 de enero de 1967, fecha en la cual empezó a regir el Decreto 3041 de 1966, lo cierto era que desde 1946, tenía la obligación de realizar los respectivos aprovisionamientos de capital necesarios para hacer los aportes en pensiones una vez fuese llamado a inscripción al ISS.

Expuso que, no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; que en ese sentido, esos lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional; y que la manera de concretar ese gravamen, en casos en los que el trabajador no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, es

facilitar que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Agregó que, conforme el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de dicha ley tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión debía tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual el empleador o la caja deberán trasladar con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente representado a través de un bono o título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca la contribución por parte del trabajador.

Concluyó que, Avianca S.A., tenía la obligación de transferir a Colpensiones lo correspondiente al tiempo laborado no cotizado, es decir, del 21 de enero de 1959, al 01 de octubre de 1967; por lo tanto, se ordenaría a Colpensiones que realice el cálculo actuarial para el periodo comprendido conforme los salarios certificados por el empleador.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión Avianca S.A., interpuso recurso de apelación argumentando que de la lectura del artículo 72 de la Ley 90 de 1946, no surgía la obligación de aprovisionar sumas alguna, sino que, en el momento en que el ISS asuma la prestación de jubilación, conforme con los tiempos laborados y la edad de los empleados, esta sería compartida entre el empleador y el ISS, o estaría plenamente a cargo del ISS, como lo corroboró el Acuerdo 224 de 1966.

Consideró que, en este caso, en dado caso de llegarse a causar una prestación la misma estaría en cabeza del ISS, sin que derive obligación alguna para Avianca S.A., por la afiliación no se hizo de manera retroactiva, sino que fue organizada conforme el Decreto 3041 de 1966.

Afirmó que, en la época en que el actor prestó el servicio no había obligación de aprovisionar dinero alguno en su favor, ya que conforme lo establecía el artículo 260 del CST la estabilidad era para quienes llevaran 10 años o más vinculados con un mismo empleador, y el derecho a la pensión surgía al completar 20 años de servicios, no antes; que posteriormente, solo con la Ley 33 de 1985, fue que se permitió que se sumaran tiempos entre varios empleadores.

Expuso que, no se le podía imponer una condena con fundamento en la Ley 100 de 1993, porque ello sería desconocer situaciones jurídicamente consolidadas y que el legislador en su momento ya había zanjado, siendo imposible cubrir el riesgo porque el actor no completó a su servicio 20 años. Acorde con lo anterior, solicitó la revocatoria de la condena impuesta, pues la obligación de afiliación para ella surgió con posterioridad a 1967, cuando el actor ya no laboraba allí.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Avianca S.A.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar, si hay lugar o no a condenar a Avianca S.A., al pago del cálculo actuarial correspondiente a los aportes en pensión por el tiempo laborado por el actor entre el 21 de enero de 1959 y el 01 de octubre de 1967.

En el presente asunto, no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Hermes Rangel nació el 24 de enero de 1939, por lo que a la data de esta sentencia tiene 85 años de edad; **ii)** que laboró para la compañía AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO desde el 21 de enero de 1959 hasta el 01 de octubre de 1967, desempeñando el cargo de Gerente local; **iii)** que aportó al ISS hoy Colpensiones 367,43 semanas, siendo el último aporte el 01/03/1991; **iv)** que mediante Resolución 007928 del 27 de febrero de 2006 el ISS le reconoció una indemnización sustitutiva de pensión de vejez por valor de \$11.967.395 con base en 367 semanas; y **v)** que el 16 de agosto de 2019, solicitó la revocatoria directa del acto administrativo referido anteriormente, lo cual fue negado a través de la Resolución SUB 276512 del 07 de octubre de 2019, y confirmado en Resolución SUB 315539 del 19 de noviembre de 2019.

Para resolver el problema jurídico planteado, se tiene que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, de manera reiterada y pacífica, ha indicado que la ausencia de aportes ante la falta de cobertura del ISS, debe ser cubierta por el empleador omiso a través del pago de un cálculo actuarial, pues el artículo 76 de la Ley 90 de 1946, previó para los empleadores la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para garantizar el acceso al derecho pensional de sus trabajadores.

El anterior criterio jurisprudencial fue fijado a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL 17300-2014, el cual fue reiterado recientemente en sentencias CSJ SL313-2022; en esta última se indicó:

De entrada debe anunciar la Corte que el cargo no está llamado a prosperar, por cuanto existe una decantada línea jurisprudencial en torno a las consecuencias que supone la no afiliación de los trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, incluso en aquellos casos en los cuales no existía cobertura, ni obligación de inscripción, dado el avance progresivo que tuvo en aquel entonces el sistema, tanto en materia territorial como por sectores industriales.

Aunque hubo posiciones divergentes en el pasado, a partir de la sentencia CSJ SL9856-2014, el criterio respecto de que los empleadores deben responder por el cálculo actuarial correspondiente a periodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, pese a que no tuvieran la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura, ha sido pacífico y uniforme. Así razonó entonces la Sala:

No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al

contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

(...)

En el sub lite, se recuerda, están presentes los presupuestos reseñados para aplicar la línea jurisprudencial que se ha mencionado, pues si bien es cierto que sólo hasta la expedición por parte del ISS de la Resolución 4250 de septiembre 28 de 1993, se hizo el llamamiento a inscripción a los empleadores y trabajadores de la industria del petróleo, no lo es menos que, tal como lo reconoce la censura, dichas empresas tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la prestación pensional en los términos del art. 260 del CST y, por ende, les aplica lo dispuesto por los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946:

ARTICULO 72. Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores.

ARTICULO 76. El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales.

En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley.

Esa misma línea de pensamiento, sustentada en que de conformidad con los principios constitucionales que informan la seguridad social, el trabajador no debe soportar el efecto negativo derivado del hecho de que en ese periodo de tiempo no se hayan materializado las cotizaciones, ha sido seguida también por la Corte Constitucional, lo cual no significa, contrario a lo afirmado por la impugnante, que no existió el deber de aprovisionamiento del capital que contribuiría al financiamiento de la pensión una vez el ISS asumiera los riesgos de IVM.

En consecuencia, aun cuando el empleador fue llamado a inscripción a partir del 02 de enero de 1967, y no afilió al actor entre el 21 de enero de 1959, y el 01 de octubre de 1967, por falta de cobertura, lo cierto es que estos tiempos deben ser

sumados a efectos de cumplir los requisitos para acceder a la pensión, por ende, Avianca S.A., está llamada a financiar dicha prestación, puesto que el sistema de seguridad social brinda una protección integral para el reconocimiento de las prestaciones económicas y para ello, debe considerarse el trabajo efectivamente realizado.

Ahora bien, el hecho de que el vínculo laboral hubiese finiquitado con anterioridad al llamamiento a inscripción, o a la expedición de la Ley 33 de 1985, o Ley 100 de 1993, no es relevante ni trascendente para la aplicación de la solución brindada por la normatividad a este tipo de eventos, en cuanto a tener en cuenta tiempos laborados y no cotizados por falta de cobertura, a través de un cálculo actuarial. Esto conforme lo expuesto por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral en la sentencia CSJ SL3867-2021, donde se consideró:

[...] ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral.

En este orden, en concordancia con el anterior criterio jurisprudencial, esta Sala ratifica que independientemente de sí la afiliación al ISS no se realizó por omisión del empleador o porque no había cobertura en ese momento en el lugar donde se ejecutó la relación laboral, es obligación del empresario pagar mediante cálculo actuarial los periodos durante los cuales el trabajador estuvo a su servicio.

Recuérdese que, la consecuencia de la omisión en la afiliación del trabajador se traduce en «un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado, con la condición de que el empleador traslade un cálculo a la respectiva entidad de seguridad social, que mantiene la obligación de reconocer las prestaciones correspondientes» (CSJ SL14388-2015). Solución que, como para el caso de autos, implica que el tiempo trabajado para la recurrente durante el cual no hubo afiliación, pueda tenerse en cuenta para efectos pensionales, en la medida que serán incorporadas en el valor del cálculo actuarial que debe pagar el empleador omiso.

En conclusión, se confirmará la decisión de primera instancia, respecto de la obligación que le asiste a la empleadora de asumir el cálculo actuarial por tiempos de servicios anteriores a la fecha de la obligación de inscripción al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones.

Costas en esta instancia a cargo de Avianca S.A., dado que su recurso de alzada no salió avante, de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Avianca S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Avianca S.A., la suma de \$1.300.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente