

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	11001310502020210050501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	SEGUNDISALVO PARDO BARRETO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **SEGUNDISALVO PARDO BARRETO** que se declare la ineficacia de su traslado de régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Colfondos S.A., por la omisión al deber de información. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **declare** que Colfondos S.A. debe trasladar a Colpensiones todos los valores de los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con los bonos pensional, las sumas adicionales, con los rendimientos financieros e intereses causados; que se **condene** a Colpensiones a recibir los dineros y a reconocer y pagar la pensión de vejez en su favor con base en los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 1 - 17 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que nació el 13 de diciembre de 1962; que fue afiliado a la Caja de Previsión Social CAJANAL EICE, administrada por el RPM entre el 29 de agosto de 1988 y el 31 de marzo de 1991; que posteriormente fue afiliado al ISS desde el 01 de abril de 1991 hasta el 31 de julio de 1994; que el 28 de junio de 1994, suscribió formulario

de afiliación para trasladarse al RAIS con la AFP Colfondos, cambio que se materializó en agosto de 1994.

Destacó que su Ingreso Base de Liquidación promedio de los últimos diez años era de \$12.031.486; que pese a ello, su mesada pensional en Colfondos sería de \$1.971.434 de conformidad con respuesta a derecho de petición del 19 de marzo de 2021, mientras que de haber permanecido en Colpensiones ascendería a \$7.083.982; que al momento de efectuar el traslado no se le brindó una información completa, real y veraz acerca del funcionamiento de ambos regímenes, de sus ventajas y desventajas, como tampoco de las reales implicaciones de tal acto; que a lo largo de la vinculación no se le dio asesoría de ningún tipo ni se le advirtió de la posibilidad de retornar al RPM previo a sus 52 años.

Indicó que presentó peticiones a Colfondos S.A. y a Colpensiones encaminadas a que se le retornara al RPM, las cuales fueron despachadas desfavorablemente por ambas entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°3 - 47 archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 13 de diciembre de 1962; que estuvo afiliado al ISS, aclarando que las cotizaciones se efectuaron entre el 01 de abril de 1991, y el 01 de agosto del mismo año y que el demandante presentó solicitud de retorno al RPM, la cual fue negada. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso 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, ausencia 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.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (f°3 a 28 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 13 de diciembre de 1962; que éste se había afiliado a Colfondos en julio de 1994; que presentó solicitud de retorno al RPM, la cual fue negada. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia 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 del traslado, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de mayo de 2023 (archivo 15 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor SEGUNDISALVO PARDO BARRETO, el día 28 de junio de 1994, al FONDO PENSIONAL COLFONDOS S.A., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la administradora AFP COLFONDOS S.A, devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones del afiliado señor SEGUNDISALVO PARDO BARRETO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS S.A, a favor de la parte actora. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

QUINTO: ABSOLVER a todas las demandadas de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra, conforme a lo expuestos.

Como **fundamentos de la decisión** señaló que era necesario acudir a los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al 167 del Código General del Proceso y al 1604 del Código Civil, así como a la línea jurisprudencial pacífica de la Corte Suprema de Justicia que inició en el año 2008 a través de las sentencias SL, 9 sep. 2008 rad. 31314 y SL 9 sep. 2008 rad. 31989, a partir de las cuales la Corte había replicado que cuando no había información suficiente en un traslado de fondo pensional la consecuencia jurídica era la declaratoria de ineficacia, lo cual había sido ratificado en providencias CSJ SL 373 – 2021, SL1452-2019, SL1055-2022, SL 4189-2018, entre otras.

Manifestó que, la consecuencia jurídica de la indebida asesoría era la ineficacia, la cual se generaba cuando existía una insuficiencia en la información que causaba lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no era prueba del cumplimiento de tal deber y que le

correspondía a las administradoras de fondos de pensiones allegar al proceso los documentos o medios de conocimiento que demostraran los datos proporcionados a los afiliados, en los que debían constar los aspectos positivos y negativos de la incidencia del cambio de régimen en el derecho pensional.

Adujo que, en este caso se debía analizar si al actor se le brindó una información suficiente, clara, completa, oportuna y comprensible sobre las características de los dos regímenes pensionales, pero principalmente sobre las consecuencias reales de abandonar el RPM, al cual estaba vinculada, carga de la prueba que estaba en cabeza de las AFPs; que como pruebas relevantes que permitirían tomar en esa sede judicial la decisión se hallaban las documentales que daban cuenta de la historia laboral del actor tanto en Colpensiones como en Colfondos y el formulario de afiliación a la AFP que acreditaba el traslado de régimen. Concluyó entonces que en el expediente no obraba prueba del cumplimiento del deber de información, pues respecto de los traslados sólo se aportaron documentos de solicitud de afiliación que no permitían comprobar cuál fue la asesoría suministrada, de ahí que se determinara que no hubo libertad informada y que por tanto debería declararse la ineficacia de los traslados.

Respecto de los gastos de administración señaló que, su restitución no se había pretendido en la demanda, por lo que no era procedente entrar a resolver sobre el particular. En cuanto a la prescripción sostuvo que no prosperaría tal excepción debido a que la ineficacia estaba asociada a un derecho imprescriptible como lo era el de la seguridad social.

Frente a la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez del actor con cargo a Colpensiones, dijo que de conformidad con la historia laboral que obraba en el expediente y conforme lo indicó el mismo demandante en su interrogatorio, éste continuaba laborando, por lo que sería improcedente reconocer la prestación solicitada por no existía novedad de retiro y mucho menos reconocer interés alguno.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Para ello, adujo que no en este caso no había lugar a devolver aporte alguno de la cuenta del actor ni rendimientos; que tampoco se podía devolver la prima de seguro previsión debido a que era una deducción autorizada por la Ley, lo que también aplicaba para los gastos de administración que además estaban debidamente autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia y el Estatuto Financiero.

Refirió que, el a quo no tuvo en cuenta que los gastos de administración estaban destinados al pago de seguros previsionales y a la contraprestación legalmente autorizada para las AFPs por sus debidas gestiones de administración de los recursos y generación de rendimientos.

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara integralmente la sentencia. Adujo que el a quo no tuvo en cuenta la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, como quiera que el demandante ya había superado el límite temporal de 10 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión, de ahí que Colpensiones se negara válidamente a aceptar el traslado al RAIS; que al momento del cambio de régimen al demandante se le brindó una asesoría suficiente y adecuada; que la información que ésta refirió desconocer se encontraba contenida en Leyes de la República, por lo que no podría alegar en su beneficio tal desconocimiento; que cualquier persona que realizara un acto jurídico, como era el caso del demandante, tenía la obligación de conocer la trascendencia de lo que voluntariamente estaba firmando y aceptando; que en todo caso, Colfondos S.A. cumplió con las cargas y exigencias vigentes para la fecha del traslado.

Expresó que, en este caso no se presentaba una vulneración injustificada al derecho pensional del actora, máxime si se tenía en cuenta que su real motivación era obtener una mesada pensional superior y no solicitar la protección de su derecho a la debida asesoría; que el a quo no tuvo en cuenta que con su decisión estaba afectando la sostenibilidad fiscal de Colpensiones, como quiera que esta entidad deberá pagar a la demandada una pensión, pese a que no efectuó cotización alguna en los últimos 15 años, lo que además repercutía negativamente el interés general de los demás afiliados.

Arguyó que, de mantenerse la declaratoria de ineficacia, el a quo no podía negarse a ordenar la devolución de los gastos de administración, seguro previsional y cualquier rubro que hubiese sido descontado de la cotización del actor, como quiera que tal declaración implicaría que el traslado nunca nació a la vida jurídica y que tampoco era procedente ratificar la condena en costas, debido a que Colpensiones no estaba habilitada para aceptar la afiliación del demandante, por la prohibición previamente referida.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colfondos y por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en 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 el demandante a Colfondos S.A. es ineficaz por falta de información, y si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a la AFP retornar a Colpensiones todos los aportes realizados por el actor 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 el señor **SEGUNDISALVO PARDO BARRETO** nació el día 13 de diciembre de 1962 (f° 18 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó CAJANAL desde el 29 de agosto de 1988 hasta el 08 de agosto de 1989 (f° 18 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que se afilió al ISS hoy Colpensiones desde 01 de abril de 1991 y el 01 de agosto del mismo año, acumulando un total de 13,14 semanas (f°153 archivo 11 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iv)* que el 28 de junio de 1994, a través de formulario de afiliación solicitó ante Colfondos S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de julio de ese año** (f° 30-31 archivo 09 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), donde continúa afiliado a la fecha.

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del 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, el demandante 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, el debate 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, esa Corporación ha determinado 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, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, 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, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado 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*».

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral concluyó, 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 SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP 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, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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 actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –28 de junio de 1994, con efectividad del **01 de julio de ese año-**, la obligación de la AFP Colfondos S.A. 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- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Colfondos S.A. 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 formulario de solicitud de afiliación a Colfondos S.A. de éste solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del demandante, 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 de los mismos 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).

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a Colfondos S.A. suministrar la información con el detalle que se requiere, la Sala indica que no está llamado a prosperar, pues además de lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022, citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993, se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondo de pensiones de informar de manera integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les

resulte más favorable, 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- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»

Dilucidado lo anterior, cabe precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha previsto que los trabajadores que se encontrasen afiliados a las Cajas de Previsión Municipales, Departamentales o a CAJANAL con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y a la consecuente creación de los regímenes pensionales, debían tenerse como vinculados al RPM, de modo que una vez declarada la ineficacia, procedía su regreso a ese régimen público. Al respecto, en sentencia CSJ SL5655-2021, esta Alta Corporación definió que:

[...] es oportuno destacar que el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de Cajanal y dispuso el traslado de sus afiliados al ISS, hoy Colpensiones.

Asimismo, que el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad a la que le delegó, entre otras funciones, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas de los afiliados a Cajanal, «causados hasta su cesación de actividades como administradora; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras».

En este asunto no se discute que para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual -1.º de marzo de 2003- no tenía un derecho consolidado, de modo que la UGPP no tiene incidencia en el eventual reconocimiento de sus prestaciones (CSJ SL2208-2021).

Así las cosas, el regreso al statu quo implica que la actora debe ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, que asumió esta obligación conforme se indicó (negrilla y subrayado fuera del texto).

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 la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto 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). Al respecto, se avizora que conforme lo expuso Colpensiones en su recurso de alzada el a quo no ordenó la devolución completa de los anteriores valores ni la respectiva indexación.

Por lo tanto, se hace necesario **Modificar y Adicionar** el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Colfondos 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 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 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, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual del actor no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación.

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 se despachará desfavorablemente el recurso que sobre este punto formuló 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).

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

En lo que respecta al recurso formulado por Colpensiones, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra por no haber participado en el acto de traslado, advierte esta Sala que no le asiste razón. De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso además Colfondos, fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperó. Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

COSTAS

Respecto de las costas de esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se imponen a cargo de Colpensiones y de Colfondos, como quiera que sus recursos no prosperaron.

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:

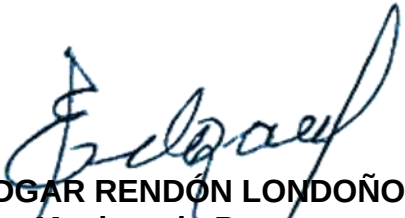
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES 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 de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

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, la suma de \$1.160.000 para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SEGUNDISALVO PARDO BARRETO CONTRA COLPENSIONES y OTRO (RAD. 20-2021-00505-01)

M.P. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me permito aclarar el voto pues si bien estoy de acuerdo con que debe ser adicionada y modificada por la Sala la determinación tomada en primer grado, en el sentido que Colfondos S.A. debe trasladar a Colpensiones las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y los rendimientos, con cargo a sus propios recursos, empero, se debió dejar por sentado que aunque el actor realizó su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida el 1° de agosto de 1991, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1° de abril de 1994, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliado al citado régimen, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., ocurrido el 28 de junio de 1994, un traslado, conforme pasa a exponerse:

No se desconoce que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se establece que a partir del 1° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones **"deberán"** seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad; no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1° de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy Colpensiones, ya que es el mismo decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros *"los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o **continuar vinculados a éste si ya lo están**"*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues el actor a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 1° de abril de 1994, venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 1° de agosto de 1991, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y

vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**"* (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Así mismo del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1º de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida y así se consagra en los siguientes términos:

*"Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS**, pueden continuar en dicho instituto, **sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación**. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, **y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado**." (Negrilla fuera del texto)*

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1º de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la señalada calidad a ese régimen, tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliado al ISS desde el 1º de agosto de 1991 y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 28 de junio de 1994 a Colfondos S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

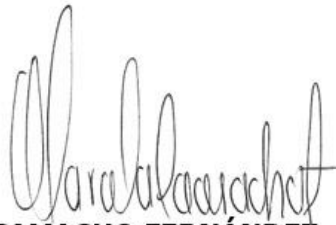
*"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia**.*

(...)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida**."*

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502320210053702
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CARLOS EDUARDO ASTRÁLAGA PERTUZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **CARLOS EDUARDO ASTRÁLAGA PERTUZ** que se **declare** la ineficacia de su traslado de régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Protección S.A., así como del traslado posterior efectuado a Skandia S.A. por el incumplimiento del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a Skandia S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes con sus respectivos rendimientos; que se **condene** a las demandadas al pago de costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació el 28 de noviembre de 1959; que se afilió al

RPM con el ISS en febrero de 1987; que en noviembre de 1994, fue convencido por asesores de Protección S.A. para trasladarse al RAIS con ese fondo, quienes le manifestaron que el ISS desaparecería, sin brindar una información completa y veraz sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas y las implicaciones de llevar a cabo el traslado, como tampoco de los requisitos que debería cumplir para obtener las prestaciones pensionales; que posteriormente, fue afiliado a Skandia en septiembre de 2003, cuyos asesores tampoco le suministraron una asesoría completa.

Dijo que, de haber permanecido en el RPM su mesada pensional ascendería a \$8.016.539, mientras que en Skandia obtendría una mesada de \$4.703.938; que con ocasión de todo lo expuesto, formuló peticiones ante Skandia y Colpensiones encaminadas a que se nulitara su traslado al RAIS y se le retornara al RPM, las cuales fueron despachadas desfavorablemente.

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 que el actor nació el 28 de noviembre de 1959; que se afilió al ISS en febrero de 1987, y que radicó reclamación ante Colpensiones, encaminada a obtener la ineficacia del traslado al RAIS y el retorno al RPM, la cual fue negada por la administradora pública. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y la innominada o genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º1 a 21 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, solo aceptó

que el actor nació el 28 de noviembre de 1959 y respecto de los demás indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restituciones mutuas, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional, innominada o genérica, traslado de la total de aportes y la genérica o innominada.

SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (f.º 1 a 21 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno, indicando que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al 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, prescripción, buena fe y genérica.

De otra parte, **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f.º 74 - 85, archivo 07 carpeta 1 exp. digital), con fundamento en los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y Skandia cuyas vigencias fueron de 2007 a 2018. Tal llamamiento fue rechazado por el a quo por estimar que no se cumplían los presupuestos del artículo 64 del CGP. Contra esta decisión Skandia S.A. formuló recurso de apelación. Posteriormente, en providencia del 01 de septiembre de 2023, la Sala Laboral de este Tribunal confirmó el auto recurrido (archivo 03 carpeta segunda Instancia exp. digital).

El Juzgador mediante auto del 09 de marzo de 2022, ordenó la integración del contradictorio, al vincular a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Con ocasión de esta decisión, se notificó de la demanda y del auto admisorio a esta AFP y se le corrió el respectivo traslado.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.º 1 a 21 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, solo aceptó que el actor nació el 28 de noviembre de 1959 y respecto de los demás indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de junio de 2023 (archivo 26 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante CARLOS EDUARDO ASTRÁLAGA PERTUZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y por ende a SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO:CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de noviembre de 1994 al 31 de agosto de 2003, con motivo de la afiliación traslado del demandante CARLOS EDUARDO ASTRÁLAGA PERTUZ, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Skandia, con ocasión al traslado solicitado el 01 de septiembre de 2003.

TERCERO:CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de noviembre de 2007 al 31 octubre de 2008, con motivo de la afiliación del demandante CARLOS EDUARDO ASTRÁLAGA PERTUZ, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Skandia el 01 de noviembre de 2008, con ocasión del traslado solicitado por el demandante.

CUARTO: CONDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de las afiliaciones del demandante CARLOS EDUARDO ASTRALAGA PERTUZ, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Porvenir, con ocasión del traslado solicitado por el demandante. QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir al señor CARLOS EDUARDO ASTRALAGA PERTUZ, en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que, los afiliados al Sistema Pensional de Seguridad Social contaban con el derecho de escoger libremente el régimen al que deseaban pertenecer, conforme lo preceptuaba el literal e) del artículo 13 Ley 100 de 1993; que el artículo 1604 del Código Civil, consignaba que la prueba de la diligencia o cuidado incumbía al que ha debido emplearlo, de ahí que a las AFPs les correspondiera acreditar el cumplimiento del deber de información, pues eran ellas las llamadas a atender tal obligación.

Advirtió que, como pruebas documentales referentes a la afiliación del demandante al RPM y posterior traslado al RAIS, se encontraban el reporte de las semanas cotizadas expedido por Colpensiones, los formularios de afiliación al RAIS y de los posteriores traslados horizontales, la historia laboral consolidada y el certificado de SIAFP, de las cuales se establecía que el demandante estuvo afiliado al RPM entre el 03 de junio de 1987 y el 24 de noviembre de 1994; que decidió trasladarse de régimen a la AFP Protección S.A. a partir del 11 de octubre de 1994; que posteriormente se efectuó traslados horizontales a Skandia S.A. y a Horizonte – hoy Porvenir S.A. y finalmente su retorno a Skandia.

Expuso que, en relación con la obligación de la debida asesoría a cargo de las AFPs, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha efectuado múltiples pronunciamientos en los que ha concluido que es deber de estas entidades brindar

una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; que la sentencia fundacional de esta línea jurisprudencial data del año 2008; que sus lineamientos se habían ratificado en sentencias más recientes como la SL4964-2018 y la SL146- 2019, de las cuales el Juez extrajo las siguientes subreglas: i) que las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindar una información, completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; ii) que en esta clase de procesos operaba la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado y iii), por último, que era procedente declarar la ineficacia del traslado con independencia de que el afiliado fuese beneficiario del régimen de transición.

Manifestó que, en el caso que nos ocupa no existía material probatorio suficiente para acreditar que al demandante se le hubiese suministrado la información necesaria y relevante, hecho positivo que debía ser demostrado por Protección S.A. por operar en este caso la inversión de la carga de la prueba, conforme lo indicado anteriormente; que a esta AFP le correspondía acreditar que en efecto existió la explicación debida sobre las reales implicaciones que generaría el cambio de régimen y que pese a ello, los únicos elementos de juicio allegados fueron las historias laborales y el formulario de afiliación, los cuales por sí solos, resultaban insuficientes para cumplir con la carga probatoria, tal y como lo había señalado la Corte Suprema de Justicia y el Decreto 663 de 1993; que no era posible establecer que para el año 1994, el actor hubiese recibido una información completa, veraz, precisa y necesaria. Además, resaltó que del interrogatorio de parte del demandante no se desprende que éste hubiese recibido información sobre el funcionamiento y características del RPM, lo que era necesario para garantizar la toma de una decisión debidamente informada; que de los traslados horizontales no pueden ser tenido como actos de relacionamiento que ratifiquen el consentimiento informado.

Concluyó que, lo procedente era acceder a las pretensiones de la demanda y, por tanto, declarar la ineficacia del traslado que el demandante efectuó del RPM al RAIS administrado inicialmente por Protección S.A. y también corren la misma suerte los traslados horizontales efectuados a Porvenir y a Skandia.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal,

por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara integralmente la sentencia. Para tal efecto refirió que no era viable efectuar el retorno del demandante del régimen de prima media, en el entendido que este se encontraba inmerso en la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003; que el actor firmó los formularios de afiliación al RAIS, aceptando todas las condiciones que ese régimen conllevaba, lo cual se ratificaba con su decisión de permanecer en el mismo y de realizar varios traslados horizontales, por lo que era claro que éste conocía de las condiciones que traía el régimen y así mismo aceptó.

Añadió que, las consecuencias jurídicas no debían operar en contra de Colpensiones, sino de las partes que realizaron el contrato de afiliación, es decir, los fondos privados y el demandante; que además el incumplimiento del deber de información por parte de las AFPs debió acreditarse por el actor, de conformidad con el artículo 167 del CGP y en concordancia con la sentencia C-086 del 2016, en la que se determinó que en estos casos sólo era viable atribuir la carga a las demandadas cuando se hubiesen vulnerado expectativas legítimas, caso que no era el presente, debido a que el demandante no era beneficiario del régimen de transición, tampoco estaba próximo a cumplir la requerida para pensionarse, y tampoco estaba en ninguna prohibición al momento de efectuar su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Adujo que, de recibir al demandante, se estaría yendo en contravía del artículo 48 de la CN, esto era el principio de la sostenibilidad financiera, debido a que se estaría descapitalizando el sistema de seguridad social, como quiera que no era rentable financiar una prestación de una persona que no había estado vinculada dentro de este régimen y que dejaba en desventaja a los otros afiliados que si habían permanecido de manera ininterrumpida en el RPM.

SKANDIA S.A. formuló recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia, específicamente respecto de la orden de devolución del porcentaje de gastos de administración, primas de seguros provisionales y demás erogaciones. Al respecto, señaló que tales sumas fueron descontadas por mandato del artículo 104 de la Ley 100 de 1993, las cuales fueron utilizadas en su momento por

Skandia con la finalidad de cubrir los gastos de la cuenta de ahorro del actor y también con la finalidad de obtener los respectivos rendimientos a su favor; que a su vez las primas de seguros fueron efectivamente pagadas a las aseguradoras, quienes garantizaron la cobertura.

Expresó que, los gastos de administración si eran sujetos de prescripción, como quiera que no estuvieron destinados a financiar la cuenta del actor y en ese sentido, ordenar su devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por Skandia S.A. y por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última 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 Protección S.A., así como los cambios horizontales posteriores, son ineficaces por falta de información y si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a la AFP retornar a Colpensiones todos los aportes realizados por el actor en el RAIS debidamente indexados, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor **CARLOS EDUARDO ASTRÁLAGA PERTUZ** nació el día 28 de noviembre de 1959 (f°202 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que cotizó al RPM con el ISS desde el 03 de junio de 1987 hasta el 24 de noviembre de 1994, acumulando un total de 362,86 semanas (f°202 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el 11 de octubre de 1994 a través de formulario de afiliación solicitó ante Protección S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del 01 de noviembre del mismo año (f° 34-36 archivo 08 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** que efectuó traslados horizontales entre administradoras del RAIS, así:

- El 30 de julio de 2003 solicitó el traslado a Skandia S.A., el cual se hizo efectivo el 01 de septiembre del mismo año.
- El 12 de septiembre de 2007 solicitó el traslado a Horizonte – hoy Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo el 01 de noviembre del mismo año.
- El 08 de septiembre de 2008, solicitó el retorno a Skandia S.A., el cual se hizo efectivo el 01 de noviembre del mismo año, donde continúa afiliado.

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del 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, el demandante 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, el debate 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, esa Corporación ha determinado 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, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, 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, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado 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»*.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral concluyó, 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 SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP 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, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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 – **11 de octubre de 1994, con efectividad del 01 de noviembre del mismo año** -, la obligación de la AFP Protección S.A. 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- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Protección S.A. 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 obran formularios de solicitud de afiliación de las AFPs, de ellos solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente dan 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 de los mismos pueda concluirse que dichas AFPs cumplieran con el deber de suministrar a la afiliada 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).

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado la afiliada 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 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 la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto 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 de Casación 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), conforme lo ordenó el Juez de primera instancia, por lo que se

deberá confirmar la decisión en su integridad y despacharse desfavorablemente el recurso de Skandia S.A.

Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; tampoco puede pensarse que por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual del actor, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación.

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), de modo que no le asiste razón a Colpensiones en los argumentos expuestos en su recurso de alzada.

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).

Por otro lado, tenemos que ni los gastos de administración ni los valores por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, son objeto del fenómeno prescriptivo, habida cuenta que estos recursos al contribuir con la financiación y construcción de un derecho pensional tampoco podrían ser objeto de prescripción, aún más, cuando estos recursos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza no solo el pago de las eventuales prestaciones a las que pudiera tener derecho el aquí demandante, sino, el de todos los afiliados del régimen de prima media con prestación definida. En este sentido, no se acoge el reparo que al respecto formuló Skandia S.A.

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

COSTAS

Respecto de las costas de esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se imponen a cargo de Colpensiones y de Skandia S.A., como quiera que no prosperaron los recursos formulados.

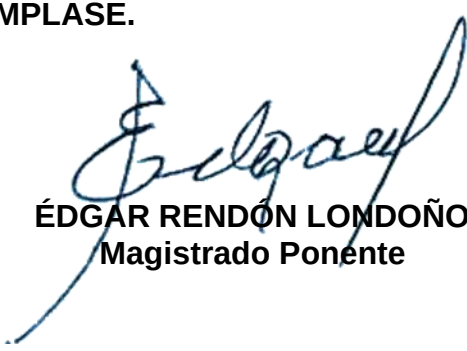
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de junio de 2023.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 Skandia, la suma de \$1.160.000 para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502320220016001
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	NORMAN ALONSO CARDOZO VALDERRAMA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **NORMAN ALONSO CARDOZO VALDERRAMA** que se **declare** la ineficacia de su traslado de régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Protección S.A., por el incumplimiento del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a la nombrada AFP a trasladar a Colpensiones todos sus aportes, al pago de costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació el 21 de marzo de 1958; que se afilió al RPM con el ISS desde el 08 de abril de 1992, hasta el 30 de junio de 2000, donde acumuló 182,57 semanas; que fue abordado por promotores de Protección S.A. quienes lo convencieron de trasladarse al RAIS con esa AFP, con el argumento de que el ISS sería liquidado; que al momento del traslado, no le fue suministrada una información

suficiente y completa que le permitiera tomar una decisión reflexiva acerca de su futuro pensional; que a la fecha de la presentación de la demanda contaba con 1.086 semanas de cotización; que realizó trámites encaminados a retornar al RPM con Colpensiones, los cuales fueron negados debido a que le faltaban menos de 10 años para tener la edad de pensión.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 01- 17 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 21 de marzo de 1958; que se afilió al RPM con el ISS desde el 08 de abril de 1992; que el 30 de junio de 2000, donde acumuló 182,57 semanas y que solicitó ante esta entidad el retorno al RAIS, el cual fue negado. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen e innominada o genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º1 a 18 archivo 06 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 21 de marzo de 1958, que se trasladó a Protección S.A. a través de la firma de un formulario de afiliación del 01 de agosto de 2001; que a la fecha del 21 de junio de 2022, ha acumulado 1.092.28 semanas y que solicitó ante esta entidad el retorno al RAIS, el cual fue negado. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restituciones mutuas,

inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional y la genérica o innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de junio de 2023 (archivo 20 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante NORMAN ALONSO CARDOZO VALDERRAMA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante del demandante NORMAN ALONSO CARDOZO VALDERRAMA, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir al señor NORMAN ALONSO CARDOZO VALDERRAMA en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que los afiliados al Sistema Pensional de Seguridad Social contaban con el derecho de escoger libremente el régimen al que deseaban pertenecer, conforme lo preceptuaba el literal e) del artículo 13 Ley 100 de 1993; que el artículo 1604 del Código Civil, consignaba que la prueba de la diligencia o cuidado incumbía al que ha debido emplearlo, de ahí que a las AFPs les correspondiera acreditar el cumplimiento del deber de información, pues eran ellas las llamadas a atender tal obligación.

Advirtió que, como pruebas documentales referentes a la afiliación del demandante al RPM y posterior traslado al RAIS, se encontraban el reporte de las semanas cotizadas expedido por Colpensiones, el formulario de afiliación al RAIS, la historia laboral consolidada y el certificado de SIAFP, de las cuales se establecía que

el demandante estuvo afiliado al RPM entre el 08 de abril de 1992 y el 30 de junio de 2000; que decidió trasladarse de régimen a la AFP Protección S.A. a partir del 10 de agosto de 2001, donde permanecía afiliado.

Resaltó que, en relación con la obligación de la debida asesoría a cargo de las AFPs, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha efectuado múltiples pronunciamientos en los que ha concluido que es deber de estas entidades brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; que la sentencia fundacional de esta línea jurisprudencial data del año 2008; que sus lineamientos se habían ratificado en sentencias más recientes como la SL4964-2018 y la SL146- 2019, de las cuales el Juez extrajo las siguientes subreglas: i) que las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindar una información, completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; ii) que en esta clase de procesos operaba la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado y iii), por último, que era procedente declarar la ineficacia del traslado con independencia de que el afiliado fuese beneficiario del régimen de transición.

Expuso que, en el caso que nos ocupa no existía material probatorio suficiente para acreditar que al demandante se le hubiese suministrado la información necesaria y relevante, hecho positivo que debía ser demostrado por Protección S.A. por operar en este caso la inversión de la carga de la prueba, conforme lo indicado anteriormente; que a esta AFP le correspondía acreditar que en efecto existió la explicación debida sobre las reales implicaciones que generaría el cambio de régimen y que pese a ello, los únicos elementos de juicio allegados fueron las historias laborales y el formulario de afiliación, los cuales por sí solos, resultaban insuficientes para cumplir con la carga probatoria, tal y como lo había señalado la Corte Suprema de Justicia y el Decreto 663 de 1993; que no era posible establecer que para el año 1994, el actor hubiese recibido una información completa, veraz, precisa y necesaria. Además, resaltó que del interrogatorio de parte del demandante no se desprende que éste hubiese recibido información sobre el funcionamiento y características del RPM, lo que era necesario para garantizar la toma de una decisión debidamente informada; que de los traslados horizontales no pueden ser tenido como actos de relacionamiento que ratifiquen el consentimiento informado.

Concluyó que, lo procedente era acceder a las pretensiones de la demanda y, por tanto, declarar la ineficacia del traslado que el demandante efectuó del RPM al RAIS administrado inicialmente por Protección S.A.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara integralmente la sentencia. Para tal efecto refirió que no era viable efectuar el retorno del demandante del régimen de prima media, en el entendido que este se encontraba inmerso en la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003; que el actor firmó el formulario de afiliación, aceptando todas las condiciones que ese régimen conllevaba, lo cual se ratificaba con su decisión de permanecer en el mismo; que además el demandante solamente contaba con 1140 semanas de cotización, y que de acuerdo a ello resultaba más beneficioso que permaneciera en el RAIS.

Añadió que, las consecuencias jurídicas no debían operar en contra de Colpensiones, sino de las partes que realizaron el contrato de afiliación, es decir, la AFP y el demandante; que además el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP debió acreditarse por el actor, de conformidad con el artículo 167 del CGP y que en estos casos sólo era viable atribuir la carga a las demandadas cuando se hubiesen vulnerado expectativas legítimas, caso que no era el presente, debido a que el demandante no era beneficiario del régimen de transición, tampoco estaba próximo a cumplir la requerida para pensionarse, y tampoco estaba en ninguna prohibición al momento de efectuar su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad; que además se evidenciaba que por parte de Protección S.A. se brindó la información que le era exigible para la época en el que el demandante se trasladó al RAIS.

Indicó que, de recibir al demandante se estaría yendo en contravía del artículo 48 de la Constitución, esto era el principio de la sostenibilidad financiera, debido a que se estaría descapitalizando el sistema de seguridad social, como quiera que no era

rentable financiar una prestación de una persona que no había estado vinculada dentro de este régimen y que dejaba en desventaja a los otros afiliados que si habían permanecido de manera ininterrumpida en el RPM.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor 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 Protección S.A., es ineficaz por falta de información y si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a la AFP retornar a Colpensiones todos los aportes realizados por el actor en el RAIS debidamente indexados, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **NORMAN ALONSO CARDOZO VALDERRAMA** nació el día 21 de marzo de 1958 (f°19 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al RPM con el ISS desde el 08 de abril de 1992 hasta el 30 de junio del 2000, acumulando un total de 182,57 semanas (f°101 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el 10 de agosto de 2001, a través de formulario de afiliación solicitó ante la AFP Santander hoy Protección S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del 01 de octubre del mismo año (f° 19-20 archivo 086 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), donde continúa afiliado.

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del 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, el demandante

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, el debate 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, esa Corporación ha determinado 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, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, 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, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado 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».

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral concluyó, 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 SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP 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, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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 **–10 de agosto de 2001, con efectividad del 01 de octubre del mismo año -**, la obligación de la AFP Protección S.A. 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- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Protección S.A. 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 formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de ello solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente dan 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).

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a Protección S.A. suministrar la información con el detalle que se requiere, la Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, 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- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades e pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

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 la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto 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 de Casación 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), conforme lo ordenó el Juez de primera instancia, por lo que se deberá confirmar la decisión en su integridad.

Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta; tampoco puede pensarse que, por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual del actor, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación.

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), de modo que no le asiste razón a Colpensiones en los argumentos expuestos en su recurso de alzada.

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

Respecto de las costas de esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se imponen a cargo de Colpensiones, como quiera que no prospero su recurso de alzada.

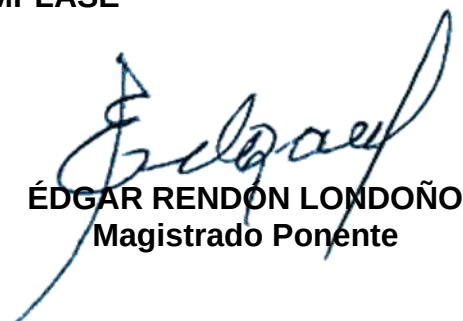
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de junio de 2023.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES 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 la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502320220024702
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARTHA BELÉN BARRETO DURÁN
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS - SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 BELÉN BARRETO DURÁN** que se **declare** la ineficacia de su traslado de régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Colfondos S.A., así como del traslado posterior efectuado a Skandia S.A. por el incumplimiento del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a Skandia S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes con sus respectivos rendimientos, gastos de administración y demás deducciones efectuadas; que se **condene** a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho y a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló, en síntesis, que nació el 07 de junio de 1965; que se afilió al RPM con el ISS en enero de 1982, donde acumuló un total de 305,71 semanas; que firmó formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. en junio de 1998, y con ello se trasladó

al RAIS; que posteriormente realizó un traslado horizontal a Skandia S.A.; que al 22 de abril cuenta con un total de 1.228,71 semanas de cotización de conformidad con la historia laboral de esa AFP; que al momento de efectuar el traslado al RPM, Colfondos S.A. no le brindó una información completa y veraz sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas y las implicaciones de llevar a cabo el traslado, como tampoco de los requisitos que debería cumplir para obtener las prestaciones pensionales; que posteriormente, fue afiliada a Skandia en septiembre de 2010, cuyos asesores tampoco le suministraron una asesoría completa.

Agregó que, formuló peticiones ante Skandia y Colpensiones encaminadas a que se nulitara su traslado al RAIS y se le retornara al RPM, las cuales fueron despachadas desfavorablemente.

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 que la actora nació el 07 de junio de 1965; que cotizó al ISS un total de 305,71 semanas y que radicó reclamación ante Colpensiones, encaminada a obtener la ineficacia del traslado al RAIS y el retorno al RPM, la cual fue negada por la administradora pública. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (f.º 1 a 19 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, solo aceptó que la actora nació el 07 de junio de 1965, y respecto de los demás indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe e innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora, prescripción de la acción de nulidad, compensación y pago.

SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (f.º 1 a 14 archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora el día 17 de septiembre de 2010, a través de formulario, solicitó afiliación a Skandia S.A., acto que se hizo efectivo el 01 de noviembre de 2010; que la demandante contaba con 1.228,71 de cotización al 23 de junio de 2022; que radicó derecho de petición, encaminado a obtener la ineficacia del traslado al RAIS y el retorno al RPM, la cual fue negado. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al 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, prescripción, buena fe y genérica.

De otra parte, **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f.º 60 - 67, archivo 07 carpeta 1 exp. digital), con fundamento en los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y Skandia cuyas vigencias fueron de 2010 a 2018. Tal llamamiento fue rechazado por el a quo a través de auto del 10 de octubre de 2022, por estimar que no se cumplían los presupuestos del artículo 64 del CGP. Contra esta decisión Skandia S.A. formuló recurso de apelación. Posteriormente, en providencia del 28 de febrero de 2023, la Sala Laboral de este Tribunal confirmó el auto recurrido (archivo 04 carpeta segunda Instancia exp. digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de junio de 2023 (archivo 23 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante MARTHA BELÉN BARRETO DURÁN al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO:CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, entre 01 de agosto de 1998 hasta el 31 de octubre de 2010, con motivo de la afiliación de la demandante MARTHA BELÉN BARRETO DURÁN, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago, con recursos propios.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Skandia, con ocasión al traslado solicitado por la demandante el 01 de noviembre de 2010.

TERCERO: CONDENAR a la SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARTHA BELÉN BARRETO DURÁN, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora MARTHA BELÉN BARRETO DURÁN, en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese trasladado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que los afiliados al Sistema Pensional de Seguridad Social contaban con el derecho de escoger libremente el régimen al que deseaban pertenecer, conforme lo preceptuaba el literal e) del artículo 13 Ley 100 de 1993; que el artículo 1604 del Código Civil, consignaba que la prueba de la diligencia o cuidado incumbía al que ha debido emplearlo, de ahí que a las AFPs les correspondiera acreditar el cumplimiento del deber de información, pues eran ellas las llamadas a atender tal obligación.

Advirtió que, como pruebas documentales referentes a la afiliación de la demandante al RPM y posterior traslado al RAIS, se encontraban el reporte de las semanas cotizadas expedido por Colpensiones, los formularios de afiliación al RAIS y de los posteriores traslados horizontales, la historia laboral consolidada y el certificado de SIAFP, de las cuales se establecía que la demandante estuvo afiliada al RPM entre el 01 de enero de 1982 y el 30 de junio de 1998; que decidió trasladarse de régimen a la AFP Colfondos S.A. a partir del 30 de junio de 1998; que posteriormente efectuó un traslado horizontal a Skandia S.A., donde permanece afiliada.

Resaltó que, en relación con la obligación de la debida asesoría a cargo de las AFPs, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha efectuado múltiples pronunciamientos en los que ha concluido que es deber de estas entidades brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; que la sentencia fundacional de esta línea jurisprudencial data del año 2008; que sus lineamientos se habían ratificado en sentencias más recientes como la SL4964-2018 y la SL146- 2019, de las cuales el Juez extrajo las siguientes subreglas: i) que las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindar una información, completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; ii) que en esta clase de procesos operaba la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado y iii), por último, que era procedente declarar la ineficacia del traslado con independencia de que el afiliado fuese beneficiario del régimen de transición.

Expuso que, en el caso que nos ocupa no existía material probatorio suficiente para acreditar que al demandante se le hubiese suministrado la información necesaria y relevante, hecho positivo que debía ser demostrado por Colfondos S.A. por operar en este caso la inversión de la carga de la prueba, conforme lo indicado anteriormente; que a esta AFP le correspondía acreditar que en efecto existió la explicación debida sobre las reales implicaciones que generaría el cambio de régimen y que pese a ello, los únicos elementos de juicio allegados fueron las historias laborales y el formulario de afiliación, los cuales por sí solos, resultaban insuficientes para cumplir con la carga probatoria, tal y como lo había señalado la Corte Suprema de Justicia y el Decreto 663 de 1993; que no era posible establecer que para el año 1998, la actora hubiese recibido una información completa, veraz, precisa y necesaria. Además, resaltó que del interrogatorio de parte de la demandante no se desprende que ésta hubiese recibido información sobre el funcionamiento y características del RPM, lo que era necesario para garantizar la toma de una decisión debidamente informada; que de los traslados

horizontales no pueden ser tenido como actos de relacionamiento que ratifiquen el consentimiento informado.

Concluyó que, lo procedente era acceder a las pretensiones de la demanda y, por tanto, declarar la ineficacia del traslado que la demandante efectuó del RPM al RAIS administrado inicialmente por Colfondos S.A. y también corren la misma suerte el traslado posterior efectuado a Skandia.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara integralmente la sentencia. Adujo que el a quo no tuvo en cuenta la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, como quiera que la demandante ya había superado el límite temporal de 10 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión, de ahí que Colpensiones se negara válidamente a aceptar el traslado al RAIS; que al momento del cambio de régimen a la demandante se le brindó una asesoría suficiente y adecuada; que la información que ésta refirió desconocer se encontraba contenida en Leyes de la República, por lo que no podría alegar en su beneficio tal desconocimiento; que en todo caso, la AFP cumplió con la normatividad vigente para la época del traslado.

Expresó que, el a quo no tuvo en cuenta que con su decisión estaba afectando la sostenibilidad fiscal de Colpensiones, como quiera que esta entidad deberá pagar a la demandada una pensión, pese a que no efectuó cotización alguna en los últimos 15 años, lo que además repercutía negativamente el interés general de los demás afiliados; que además el incumplimiento del deber de información por parte de las AFPs debió acreditarse por la actora, de conformidad con el artículo 167 del CGP y en concordancia con la sentencia C-086 del 2016, en la que se determinó que en estos casos sólo era viable atribuir la carga a las demandadas cuando se hubiesen vulnerado expectativas legítimas, caso que no era el presente, debido a que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, tampoco estaba próxima a cumplir la

requerida para pensionarse, y tampoco estaba en ninguna prohibición al momento de efectuar su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

SKANDIA S.A. formuló recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia, específicamente respecto de la orden de devolución del porcentaje de gastos de administración, primas de seguros provisionales y demás erogaciones. Al respecto, señaló que tales sumas fueron descontadas por mandato del artículo 104 de la Ley 100 de 1993, las cuales fueron utilizadas en su momento por Skandia con la finalidad de cubrir los gastos de la cuenta de ahorro de la actora y también con la finalidad de obtener los respectivos rendimientos a su favor; que a su vez las primas de seguros fueron efectivamente pagadas a las aseguradoras, quienes garantizaron la cobertura.

Refirió que, los gastos de administración si eran sujetos de prescripción, como quiera que no estuvieron destinados a financiar la cuenta de la actora y en ese sentido, ordenar su devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones.

COLFONDOS formuló recurso de apelación parcial contra el numeral segundo de la sentencia. Al respecto, indicó que no era procedente devolver las sumas de dinero por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima, debido a que aquellas sumas de dinero fueron descontadas por autorización legal y podría generarse un enriquecimiento sin justa causa a la parte actora; que los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993 establecían la forma de financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia, la cual incluía el pago de seguros previsionales, para cubrir dichas contingencias, frente a las cuales ha estado cubierta la demandante durante la permanencia con Colfondos.

Frente a los gastos de administración refirió que de manera alguna perjudicaban las semanas que debían trasladarse a Colpensiones; que, además, resultaba excesiva la imposición de indexación ordenada de primera instancia, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensaría la depreciación del poder adquisitivo de los recursos objeto de transferencia a Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por Skandia S.A., Colfondos S.A. y por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de

consulta en favor de esta última 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 la demandante a través de la AFP Colfondos S.A., así como del cambio horizontal efectuado con posterioridad a Skandia S.A., son ineficaces por falta de información y si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a las AFPs retornar a Colpensiones todos los aportes realizados por la actora en el RAIS debidamente indexados, 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 BELÉN BARRETO DURÁN** nació el día 07 de junio de 1965 (f°04 archivo 02 carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al RPM con el ISS desde el 01 de enero de 1982 hasta el 30 de junio de 1998, acumulando un total de 305,71 semanas (f°51 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que el 30 de junio de 1998, a través de formulario de afiliación solicitó ante Colfondos S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del 01 de agosto del mismo año (f° 21 archivo 09 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iv)* que posteriormente se trasladó a Skandia S.A., a través del diligenciamiento de formulario de afiliación del 17 de septiembre de 2010, con efectividad del 01 de noviembre del mismo año, donde continúa afiliada (f° 34 y 52 archivo 07 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del 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, el demandante 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, el debate 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, esa Corporación ha determinado 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, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, 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, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado 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*».

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral concluyó, 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 SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP 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, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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 – **30 de junio de 1998, con efectividad del 01 de agosto del mismo año** - la obligación de la AFP Colfondos S.A. 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- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Colfondos S.A. 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 obran formularios de solicitud de afiliación de las AFPs, de ellos solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente dan 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 de los mismos pueda concluirse que dichas AFPs cumplieran con el deber de suministrar a la afiliada 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).

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado la afiliada 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.

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a Colfondos S.A. suministrar la información con el detalle que se requiere, la Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, 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- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

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 la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto 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 de Casación 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), conforme lo ordenó el Juez de primera instancia, por lo que se deberá confirmar la decisión en su integridad y despacharse desfavorablemente los recursos de Skandia S.A. y de Colfondos S.A.

Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir

esta; tampoco puede pensarse que por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual de la actora, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación, de modo que el reparo que al respecto formuló Skandia S.A.

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 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), de modo que no le asiste razón a Colpensiones en los argumentos expuestos en su recurso de alzada.

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).

Por otro lado, tenemos que ni los gastos de administración ni los valores por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, tampoco son objeto del fenómeno prescriptivo, habida cuenta que estos recursos al contribuir con la financiación y construcción de un derecho pensional tampoco podrían ser objeto de prescripción, aún más, cuando estos recursos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza no solo el pago de las eventuales prestaciones a las que pudiera tener derecho el aquí demandante, sino, el de todos los afiliados del régimen de prima media con prestación definida. En este sentido, no se acoge el reparo que al respecto formuló Skandia S.A.

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

COSTAS

Respecto de las costas de esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se imponen a cargo de Colpensiones, de Colfondos S.A. y de Skandia S.A., como quiera que no prosperaron los recursos formulados.

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 y consultada proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de junio de 2023.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y de **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

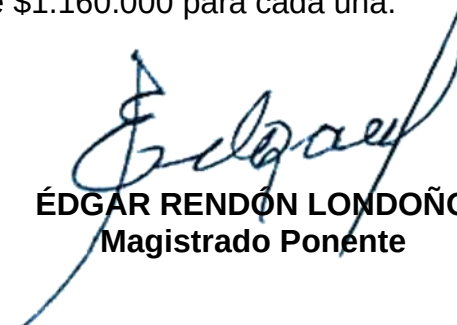

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
 Magistrado Ponente


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 Skandia, la suma de \$1.160.000 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	11001310502420200043001
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CLARA INÉS MORENO CABRERA
DEMANDANDO	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **Clara Inés Moreno Cabrera** que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su hijo afiliado señor Exsemjower Barón Moreno. Como consecuencia de ello, pretende que se condene a Protección S.A. a reconocer y pagar en su favor tal prestación a partir del 3 de abril de 2016, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o, en su defecto, junto con la indexación de las mesadas; asimismo, solicita que se condene a la administradora a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 01 a 15 - archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que el señor **Exsemjower Barón Moreno** falleció el 03 de abril de 2016 por causas de origen común, data para la cual se encontraba afiliado al RAIS con la AFP Protección; que dentro de los tres años anteriores a su deceso, el causante acumuló más de 50 semanas de cotización; que el fallecido no tenía hijos, ni cónyuge, ni compañera permanente; que el causante convivía con ella en su calidad de madre y que él cubría a satisfacción sus distintas necesidades fundamentales, tales como alimentación, vivienda, salud, recreación y servicios públicos, por lo que era claro que ella dependía económicamente de su hijo.

Agregó que, Protección S.A. mediante comunicado del 31 de julio de 2017, le negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; que mediante petición del 04 de septiembre del mismo año, ella manifestó su inconformidad respecto de esa negativa y que, mediante escrito del 05 de octubre de esa misma anualidad, la AFP se ratificó en su posición, argumentando que ella no dependía económicamente de su hijo fallecido.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda (f° 01-15 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la misma. En cuanto a los hechos, aceptó que el señor **Exsemjower Barón Moreno** falleció el 03 de abril de 2016; que Protección mediante comunicado del 31 de julio de 2017, negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la actora; que mediante petición del 4 de septiembre del mismo año, la demandante manifestó su inconformidad respecto de esa negativa y que, mediante escrito del 05 de octubre, la AFP se ratificó en su posición, aduciendo que la demandante no dependía económicamente de su hijo fallecido. Respecto de los demás hechos, reseñó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, formuló las de inexistencia de dependencia económica, buena fe, ausencia de intereses moratorios, compensación, prescripción y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 02 de mayo de 2022 (archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO.- CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA, a reconocer y pagar a favor de la señora CLARA INÉS MORENO CABRERA identificada con C.C. 51.938.212 la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su hijo EXSENJAWER BARÓN MORENO, a partir del 1 de diciembre de 2017 en un cuantía igual a un salario mínimo legal mensual vigente para cada época por trece mesadas al año, y en adelante con los respectivos reajustes legales de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. - CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA, a reconocer y pagar a favor de la señora CLARA INÉS MORENO CABRERA identificada con C.C. 51.938.212, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde el 1 de diciembre de 2017 y hasta que se produzca el pago de las mesadas pensionales adeudadas.

TERCERO. - DECLARAR probados parcialmente los hechos sustento de la excepción de prescripción y no probados los demás, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO. - AUTORIZAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA, a efectuar los descuentos a la salud sobre las mesadas pensionales reconocidas en la presente providencia, conforme lo establece el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las sumas reconocidas y pagadas a la demandante por concepto de devolución de saldos.

QUINTO. – COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada. Para lo cual se tasa en la suma de \$1.000.000.

Para fundamentar su decisión sostuvo que en este caso se tenía como hecho probado por haber sido aceptado por las partes que el señor Exsemjower Barón Moreno falleció el día 03 de abril de 2016, por lo que debía partirse de que la normatividad aplicable para el estudio del reconocimiento de la prestación era la vigente para esa data que correspondía a los artículos 73 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, disposiciones en las que se consagraban como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a hijos, cónyuges o compañeros permanentes y que, sólo en ausencia de éstos, a los padres si dependían económicamente del causante.

Asimismo, refirió que el afiliado debía contar con al menos 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento; que acreditadas ambas situaciones, esto era la densidad de semanas cotizadas en el límite temporal antes descrito y la calidad de beneficiario con derecho, era menester ordenar el reconocimiento y pago de la prestación reclamada.

Señaló que, no suscitó mayor discusión la densidad de semanas cotizadas por el causante entre los tres años inmediatamente anteriores a su deceso, ello por cuanto de acuerdo a la historia laboral del señor Exsemjower Barón Moreno, podía concluirse éste durante el período comprendido entre el 03 de abril de 2013 y el 03 de abril de 2016, efectuó aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por un total de 140 semanas, cuestión que no fue desconocida ni refutada por la demandada; que por tanto era claro que se había cumplido el primero de los requisitos exigidos por la norma antes citada para entender que el afiliado dejó causado el Derecho pensional; que era entonces necesario estudiar la calidad de beneficiaria de la demandante y si realmente ella dependía económicamente del causante en su condición de madre; que en ese sentido el análisis probatorio debía encaminarse a determinar si de faltarle a la actora el ingreso presuntamente suministrado por el afiliado, ella no tenía la capacidad de sostener una vida en condiciones dignas.

Frente al particular, precisó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en decisión SL1082-2022, entre muchas otras, señaló que la sujeción monetaria de los padres respecto de su hijo fallecido, exigida por el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no tenía que ser total y absoluta, por lo que la existencia de otros ingresos, rentas o recursos propios no implicaban por sí solos una total autonomía financiera por parte de los presuntos beneficiarios.

Expuso que, se había practicado el testimonio de la señora Elvia Moreno Cabrera, hermana de la demandante, quien manifestó que le constaba que ella convivía con el causante señor Exsemjower Barón Moreno y con sus otros hijos, a quienes identificó como Steven y Darwin; que el causante era quien sufragaba los gastos del

hogar desde antes que aquel cumpliera la mayoría de edad, incluso comercializando inicialmente ropa y dulces para posteriormente vincularse a los almacenes SIS donde devengaba un SLMLV; que él buscaba constantemente otras fuentes de ingresos para continuar cubriendo las necesidades de su grupo familiar; que la testigo fue enfática en manifestar que la actora no realizaba trabajo alguno, debido a que se encontraba dedicada a su hogar y a sus hijos menores de edad, que el padre del fallecido nunca les colaboró económicamente y que el causante tenía una relación amorosa con una mujer llamada Paola sin conocer si convivieron por algún lapso de tiempo.

Adujo que, también se escuchó la declaración del testigo señor Jonathan Camilo Castaño Gómez, quien refirió ser vecino y yerno de la promotora de la litis y conocerla desde el año 2004; asimismo, que le constaba que ella vivía junto con sus tres hijos, que el mayor era el causante y que éste trabajaba desde antes de cumplir 18 años prestando sus servicios para un comerciante de la zona; que al cumplir la mayoría de edad el causante empezó a trabajar para almacenes Surtimax y al momento de su muerte laboraba para una operadora de almacenes Easy; que le constaba también que el causante era quien pagaba el arriendo del lugar en el que vivía junto con su madre y dos hermanos; que sabía que el fallecido, además de cubrir las necesidades de su hogar, estaba a cargo de un crédito por una motocicleta que había adquirido y de la Universidad, donde cursaba estudios de administración.

Refirió que, de las declaraciones recaudadas en la investigación administrativa, particularmente las de Nubia Moreno Cabrera, Deiner Dueñas Cabrera, Cindy Paola Barón Moreno, Ana Paola Meza Vergara y a David Orlando Pinilla Téllez, era posible concluir que el señor Exsemjower Barón Moreno siempre vivió con su madre y sus hermanos menores, a quienes les solventaba los gastos.

Sostuvo que, analizadas las probanzas antes reseñadas en conjunto resultaba claro que la señora Clara Moreno Cabrera dependía económicamente de su hijo fallecido Exsemjower Barón Moreno, y que era este quien solventaba el hogar, por lo que el ingreso que él entregaba a la demandante era necesario para su subsistencia,

determinación que no variaba por el hecho de que ella recibiera un subsidio gubernamental, por su condición de desplazada.

Explicó que, si bien en la investigación administrativa el padre del causante, señor Yecid Durán, había indicado que la actora tenía recursos suficientes para sostenerse, lo cierto era que él convivió con el núcleo familiar entre los años 1985 y 1991, por lo que era lógico que no conociera en detalle la vida íntima de su hijo y expareja ni sus condiciones económicas.

Respecto de los presuntos ingresos de la demandante por tener un establecimiento de comercio en el que aparentemente desarrollaba una labor de estilista, precisó que conforme lo habían indicado los testigos, esta actividad ella la desarrolló principalmente a partir del fallecimiento de su hijo y que, además, la sola constitución de un establecimiento de comercio no permitía acreditar con grado de convicción suficiente la existencia de ingresos económicos para sustentar las necesidades básicas propias y de sus hijos menores de edad, tal y como fuera concluido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1230 - 2020.

Frente a la cuantía de la mesada pensional, indicó que sería de un SMLMV debido a que era el valor por el que el actor había cotizado, de conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993; que el valor del retroactivo debía ser indexado y que deberían descontarse las sumas reconocidas y pagadas en favor de la actora por concepto de devolución de saldos; que en este caso además la demandada tendría que pagar intereses moratorios.

Respecto de la prescripción, indicó que en el caso de marras la misma se estructuró respecto de las pensiones e intereses anteriores al 1 de diciembre de 2017, pues el causante falleció el 3 de abril de 2016, y la demandada resolvió la inconformidad presentada por la actora el 05 de octubre de 2017, por lo que a partir de esa fecha contaba con tres años; que pese a ello, la demandante presentó la acción judicial el 01 de diciembre de 2020, data para la cual ya había fenecido ese término, de modo que las

mesadas pensionales causadas con anterioridad a 01 de diciembre de 2017, estaba afectadas de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, argumentó que el *a quo* desconoció por completo el contenido de la investigación administrativa que permitía concluir que la actora no dependía económicamente de su hijo fallecido; que tampoco se tuvo en cuenta que los testimonios de los señores Elvia Moreno Cabrera y Jonathan Camilo Castaño Gómez, presentaban claras inconsistencias, pues, según lo manifestado por la primera, desde el momento en que la familia de la actora arribó a la ciudad de Bogotá, el fallecido solventaba los gastos del hogar, cuestión que no resultaba lógica si se tenía en cuenta que para esa data el causante tenía tan solo 14 años; que por su parte el señor Jonathan Camilo Castaño Gómez indicó que era vencido de la actora desde el 2004, pese a que ella misma había referido que llegó a la ciudad de Bogotá en el año 2007.

Señaló que, no existía un fundamento válido para que el *a quo* descartara el testimonio del señor Yecid Barón, padre del fallecido, pues, aunque era claro que ya no convivían, lo cierto es que esta no era una razón suficiente para desestimar la declaración, pues el causante bien podría haber mantenido una relación con su padre, máxime si se tenía en cuenta que era beneficiario de su EPS; que de esta declaración se extraía que la actora desarrollaba una actividad comercial como estilista.

Destacó que, el Juzgador no tuvo en cuenta que se presentaron múltiples contradicciones en el interrogatorio de parte rendido por la actora, en contraste con la declaración que ella efectuó al interior de la investigación administrativa como quiera que en esta última refirió que el arriendo tenía un costo de \$300.000, mientras que en interrogatorio había indicado que cancelaba un valor de \$100.000; que, además, no tenía consistencia el hecho de que el fallecido reportara un salario mínimo, asumiera el pago del crédito de la motocicleta de su propiedad y solventara todos los gastos del

hogar; que realmente lo que en este caso se presentaba era que el causante probablemente le entregaba una ayuda a su madre como hijo de familia, pero no era el responsable del mantenimiento del núcleo familiar como erradamente lo determinó el a quo.

Adujo que, la Juzgadora desconoció flagrantemente lo señalado en el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 y lo dispuesto por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en la que se exigía como requisito para que los padres fuesen beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de sus hijos; que aquellos no pudiesen subsistir de manera digna sin el aporte económico de sus hijos fallecidos, situación que en este caso no se presentaba dado que la misma actora en su interrogatorio había confesado recibir ayuda del Estado por sus hijos menores, ser estilista y contar con una vivienda dada por el Estado de la cual ella asumía los gastos de administración.

Finalmente, reseñó que no se tuvo en cuenta que de conformidad con lo previsto por la Corte Constitucional en sentencia T-601 de 2000, los intereses moratorios no operaban de manera automática, sino solo cuando la negativa del reconocimiento y pago de la pensión obedecía a un actuar negligente, cuestión que en este caso no ocurrió por cuanto existían razones válidas, derivadas de la investigación administrativa para objetar la solicitud de reconocimiento de esta prestación en favor de la demandante.

LA DEMANDANTE formuló recurso de apelación parcial, únicamente respecto de la autorización prevista por el Despacho correspondiente a descontar del retroactivo a pagar, los valores reconocidos por concepto de devolución de saldos. Al respecto, adujo que Protección no había realizado pago alguno a la actora, motivo por el cual no resultaba procedente autorizar deducción alguna por ese concepto.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados por la demandante y por Protección S.A. en consonancia con los reparos invocados en la alzada por cada una, en atención a lo previsto en el artículo 66-A del CPTSS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Exsemjower Barón Moreno era hijo de la señora Clara Inés Moreno (f°24 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que aquel falleció el 3 de abril de 2016 (f°25 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que al momento de su fallecimiento estaba afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones con la AFP Protección S.A. (f° 22- 25 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** que dentro de los tres años anteriores a su deceso, había acumulado 132,85 semanas de cotización (f° 22- 25 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. Digital); **v)** que la señora Clara Inés Moreno solicitó ante Protección S.A., el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre del fallecido el día 27 de diciembre de 2016 (f°32 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. Digital) y **vi)** que Protección S.A. negó el reconocimiento de tal prestación mediante escrito del 31 de julio de 2017 (f°181 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. Digital)

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar si en este caso se cumplen los requisitos previstos en los artículos 46, 73 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, para que la demandante sea beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre supérstite del señor **Exsemjower Barón Moreno**. Asimismo, corresponderá dilucidar si hay lugar a revocar parcialmente la sentencia de primer grado con relación a la autorización dada a Protección S.A. para deducir de las mesadas pensionales, el valor correspondiente a la devolución de saldos, supuestamente pagado a la demandante.

RECURSO EFECTUADO POR LA PARTE DEMANDADA PROTECCIÓN S.A.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por referir que, en tratándose de pensión de sobrevivientes de los afiliados o pensionados del RAIS, la norma aplicable es la vigente a la fecha de fallecimiento de aquellos.

Para el caso en concreto, se tiene que el deceso del señor **Exsemjower Barón Moreno** ocurrió el 03 de abril de 2016, de ahí que la disposición que gobierna tal situación pensional sea el artículo 73 de la Ley 1000 de 1993, que remite expresamente al artículo 46 ibidem, modificado por el artículo 12 de Ley 797 de 2003, que puntualmente establece:

ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del **afiliado** al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado **cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento** y se acrediten las siguientes condiciones [...]. (Negrilla fuera del texto original)*

Tal y como quedó definido con anterioridad, corresponden a hechos indiscutidos que el señor **Exsemjower Barón Moreno** era afiliado a la AFP Protección S.A. y que dentro de los tres años anteriores a su deceso, acumuló un total de 132,85 semanas de cotización, con lo que se entiende cumplido el supuesto de hecho previsto en la norma en cita, de modo que de entrada se avizora que el fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

DE LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

En cuanto a los beneficiarios de la pensión bajo análisis, tenemos que el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala lo siguiente respecto de la compañera o compañero permanente supérstite:

ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) <Aparte tachado **INEXEQUIBLE**> **A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este;**

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.

Como se observa, respecto de los beneficiarios del afiliado fallecido, la disposición precitada dispone en su literal d), que a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los padres del causante, **si dependían económicamente de este.**

Ahora, respecto de la dependencia económica de los progenitores supérstites, debe tenerse en cuenta que está suficientemente decantado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, que la misma corresponde a la ayuda pecuniaria brindada por el hijo, que tuviese el carácter de necesaria para la subsistencia de los padres en condiciones dignas; en efecto, tal requisito no implica que estos últimos no puedan percibir algún ingreso adicional por una actividad laboral propia, pues lo que realmente se exige es la comprobación de que no cuentan con autonomía financiera y que sin el apoyo económico dado por el hijo fallecido, los progenitores se enfrentan a la imposibilidad de mantener un mínimo de subsistencia en condiciones dignas. Es así como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1759-2020 refirió:

*Y la circunstancia que independientemente de la posterior declaración de inexequibilidad contenida en la sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006, el ad quem a re[n]glón seguido haya estimado que pese a lo consagrado originalmente en el citado literal d) del artículo 13, que incorporó al ordenamiento la expresión 'total y absoluta', debía entenderse que la dependencia allí exigida no podía tener tal connotación, en la medida que en su sentir aquella se configura cuando los beneficiarios de la prestación, no son autosuficientes económicamente así tengan un ingreso o patrimonio, y cuando para poder subsistir dignamente 'se hallan supeditados al ingreso proveniente del de cujus'; tampoco esas aserciones constituyen un error jurídico, dado que tales razonamientos están acordes a los parámetros jurisprudenciales que de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral ha adocinado sobre esta precisa temática, antes y después de la expedición de la norma de marras, e incluso mientras estuvo en vigor el enunciado 'de forma total y absoluta', en el sentido de que el requisito de la dependencia económica, está concebido bajo el presupuesto de la subordinación de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para poder subsistir, con la precisión de que **'no descarta que aquellos puedan recibir un ingreso adicional fruto de su propio trabajo o actividad, siempre y cuando éste no los convierta en autosuficientes económicamente, desapareciendo así la subordinación que predica la norma legal'**, como se puede ver en la sentencia del 11 de mayo de 2004 radicado 22132, reiterada en decisiones del*

7 de marzo de 2005 y 21 de febrero de 2006 con radicación 24141 y 26406 respectivamente.

[...]

Adicionalmente, cabe agregar que como también lo ha expresado la Sala, esa dependencia económica en los términos que se acaban de delinear, indudablemente se erige como una situación que sólo puede ser definida y establecida para cada caso concreto, pues si los ingresos que perciben los padres fruto de su propio trabajo o los recursos que éstos obtengan de otras fuentes, son suficientes para satisfacer las necesidades básicas o relativas a su sostenimiento, no se configura el presupuesto de la norma para poder acceder al derecho pensional, y es por esto, que se ha puntualizado jurisprudencialmente que la mera presencia de un auxilio o ayuda monetaria del buen hijo, no siempre es indicativo de una verdadera dependencia económica, y en esta eventualidad no se cumpliría las previsiones señaladas en la ley.

En igual sentido, en reciente sentencia CSJ SL2445-2023 la Alta Corporación reseñó:

Deviene de la jurisprudencia anterior que en este tipo de eventos, el juzgador está obligado a analizar las circunstancias particulares, la relevancia de los aportes del fallecido en el gasto del hogar y la afectación de la economía común en la ausencia de aquel (CSJ SL386-2023), tal como ocurrió en el caso bajo estudio, en el que el Tribunal determinó que la actora no tenía derecho a la pensión que pretende, porque no acreditó las contribuciones hechas por su hijo y, además, quedó demostrada en el litigio su autonomía financiera.

Bajo estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, entra la Sala a verificar el material probatorio con el fin de determinar si la actora cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre supérstite del señor **Exsenjawer Barón Moreno**, especialmente en lo atinente a la comprobación de la dependencia económica de aquella al causante.

✓ **Interrogatorio de parte**

La señora **Clara Inés Moreno Cabrera** refirió que era madre del señor **Exsenjawer Barón Moreno**; que tuvo cuatro hijos, la mayor llamada Paola Barón, seguida por Exsenjawer, Esteven y Darwin; que aproximadamente en el año 2007, llegaron a la ciudad desplazados por la violencia; que desde ese momento Exsenjawer empezó a trabajar, así no contara con la mayoría de edad; que con su trabajo solventaba los gastos del hogar; que su hija Paola se fue a vivir con una de sus hermanas llamada

Elvira y que no daba ninguna ayuda económica, debido a que ella tenía dos hijos; que llegó a Bogotá junto con sus tres hijos a vivir a un apartamento ubicado en el Barrio Alameda en la localidad de Engativá, el cual era de propiedad de una de sus hermanas, razón por la cual el valor del arriendo era bajo; que ella siempre fue ama de casa, porque se dedicaba al cuidado de sus hijos menores; que era quien hacía el aseo, la comida, alistaba los uniformes y en general realizaba todos los oficios del hogar; que en el año 2016, después del fallecimiento de Exsenjawer le hicieron entrega de un apartamento subsidiado por el Estado por su condición de desplazada; que era beneficiaria del subsidio de familias en acción, por cuantía aproximada de \$100.000 por cada hijo menor; que no recibía ninguna ayuda adicional por parte del Estado; que cuando falleció Exsenjawer se vio obligada a buscar alguna actividad laboral, por lo que ingresó como auxiliar en una peluquería en la que realizaba el aseo y lavaba los cabellos de las clientas, pero que los turnos eran ocasionales; que además, sus familiares y vecinos en ocasiones habían tenido que donarle comida y dinero debido a que en algunos momentos no contaban con recursos para alimentarse.

Agregó que, su hijo estudiaba en la Universidad Uniminuto; que inicialmente pagó el primer semestre, pero después fue becado; que tenía una moto de su propiedad; que no sabía cuál era el valor de la cuota de la moto o si ya la había pagado por completo; que él en la universidad comercializaba comida y algunos productos para así tener recursos adicionales y ayudar a su familia y que él tenía una novia de nombre Paola.

✓ **Pruebas documentales:**

Como prueba relevante con relación a la **convivencia** obra como adjunto al expediente administrativo (f° 47- 87 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. digital), la investigación realizada por Consultando LTDA., del 28 de febrero de 2017, en la que se consignó, entre otros, una síntesis sobre las declaraciones de la misma demandante, de familiares del fallecido, así como de amigos y habitantes del sector en el que aquel residía. Respecto de la presunta dependencia económica de la señora Clara Inés Moreno Cabrera estas personas declararon:

a) La señora Clara Inés Moreno (demandante):

¿Su hijo le ayudaba a usted de alguna forma?

Siempre. Él era quien me ayudaba con todo, de manera económica y en todo.

¿Cómo le brindaba esa ayuda?

Era de manera económica, él llegaba y me daba el dinero en la mano, y me dejaba para pagar lo de la casa.

¿Su hija CINDY le colaboraba de alguna manera?

No. Ella me apoyaba moralmente, porque tiene su hogar y sus hijos, y solo le alcanza para ellos.

¿El señor YECID BARÓN le colaboraba a usted de alguna forma después de que ustedes se separaron?

No. Él fue muy despegado de sus hijos.

b) William Daniel López (vecino del sector, dueño de la peluquería en la que trabajaba la demandante):

¿Conoció usted al señor EXSENJAWER BARÓN y la señora CLARA INES MORENO?

A la señora CLARA INES. Sí. Ella duro acá trabajando 4 meses, desde octubre de 2016 hasta enero de 2017.

¿Trabajando para usted, cuál era la labor que desempeñaba la señora CLARA INES?

Corte, cepillado y tintes.

¿Cuál era el salario de ella acá en el negocio?

Eran como unos \$500.000^{oo} a \$550.000^{oo}, era por porcentaje, por cada servicio era el 60%.

c) Nubia Moreno Cabrera (tía del causante):

¿Para cuándo él fallece, a que se dedicaba la señora CLARA INES en la parte laboral?

No. Ella dependía de él, y ellos, los hermanos menores, de vez en cuando ella me venía y me hacía un turno, pero de vez en cuando.

[...]

¿El señor BARÓN en vida le colaboraba a su mamá de algún modo?

En todo, con dinero, mercado, porque ellos dependían de él.

d) Deider Dueñas Cabrera (tío del causante):

¿Par cuando su sobrino falleció, sabe si alguien más aparte de él, le colaboraba de algún modo a la señora CLARA INES?

No. Lo que se, es que él era quien aportaba ahí en la casa.

¿Sabe a qué se dedicaba la señora CLARA INES, para cuando él falleció?

No. Ella no estaba trabajando.

¿Sabe si la señora CLARA INES ha trabajado en los últimos 10 años?

No. Lo que yo sé, es que le hacía turnos a la señora NUBIA, aparte de eso no tengo conocimiento.

e) Cindy Paola Barón Moreno (hermana del causante):

¿Y su mamá, la señora CLARA INES, a que se dedicaba en la parte laboral también para ese momento?

Ella no trabajaba, no tenía un trabajo formal, iba a hacer turnos en la peluquería de mi tía NUBIA.

¿Quién aportaba para los gastos del hogar en la casa de su mamá, estando su hermano en vida?

EXSENJAWER solamente.

¿Percibía su mamá algún tipo de colaboración fuera de su hermano?

Mi colaboración es más moral, porque yo tengo mi hogar, yo estaba estudiando, nadie más, ni decir que ella tenía alguna relación, nada de eso.

¿Actualmente de que deriva el sustento su mamá?

Hace turnos en peluquería cuando le sale, pero no es constante, en familias en acción, esa ayuda la utiliza para pagar recibos y eso, no sé cuántos son sus gastos exactamente.

f) Ana Paola Meza Vergara (pareja del causante):

¿Sabe quién mantenía los gastos del hogar allá en donde él vivía?

Él más que todo, él pagaba el arriendo, yo lo acompañaba a hacer mercado, para la mamá le daba una cuota, no sé de cuánto.

¿Alguien más le ayudaba a él?

No. Nadie.

¿Sabe a qué se dedicaba la señora CLARA en la parte laboral para cuándo él fallece?

Ella era estilista, hacía domicilios para la hermana, la tía de EXSENJAWER.

g) David Orlando Pinilla (amigo del causante):

¿Y, por su arte sabe en donde laboraba la mamá de él?

Trabajaba como estilista, creo que le trabajaba a alguien.

¿Sabe de dónde obtenía el sustento la madre de él?

Los gastos, más que todo era EXSENJAWER, que los solventaba.

h) Yecid Barón Durán (padre del causante):

Sabe si su hijo le colaboraba de alguna manera a la mamá?

Claro, como ellos vivían juntos, de pronto para el mercadito o servicios, pero no sé con cuánto, ni cada cuánto.

Sabe si la señora Clara le colabora de alguna manera a su hijo?

Sí. Ellos se ayudaban mutuamente.

Sabe de dónde derivaba su sustento la señora Clara para la fecha del deceso de su hijo?

Del trabajo de ella en la peluquería. Ella trabajaba con Cindy y tenían el local de Engativá en arriendo.

Sabe de dónde derivaba su sustento la señora Clara para la fecha del deceso de su hijo?

Del trabajo de ella en la peluquería. Ella trabajaba con Cindy y tenían el local de Engativá en arriendo.

Sabe si la señora Clara dependía económicamente de su hijo?

Claro porque él le colaboraba.

✓ Pruebas testimoniales

a) Testimonio del señor Jonathan Camilo Castaño Gómez (parte demandante):

El declarante manifestó que conocía a la señora Clara Inés Moreno Cabrera como vecina del Barrio Alameda en la localidad de Engativá desde el año 2004, y en la actualidad como suegra por ser pareja de su hija Cindy Barón; que la actora no trabajaba; que quien lo hacía era Exsenjawer por ser el hijo mayor; que desde que éste era menor de edad trabajaba de manera informal en un almacén del sector y como comerciante independiente, con lo que solventaba los gastos del hogar, correspondientes a arriendo, servicios y alimentación; que la demandante era ama de casa y estaba dedicada al cuidado de sus hijos menores; que Clara Inés Moreno

Cabrera vivía con Exsenjower y con sus otros dos hijos menores; que el causante estudiaba en la Universidad Uniminuto y que tenía un crédito para pagar una motocicleta de su propiedad; que con ocasión del fallecimiento de su hijo, la actora debió ocuparse en aseo y como asistente en una peluquería del sector.

Destacó que, cuando ocurrió el deceso la demandante debió recurrir a la ayuda de sus familiares y vecinos del sector para poder hacer el trasteo al apartamento que se le entregó por parte del Estado y para cubrir algunos gastos de alimentación; que el padre del causante, el señor Yecid Barón los abandonó desde pequeños y no respondió por sus hijos ni le colaboraba a la señora Clara Inés.

b) Testimonio de la señora Elvia Moreno Cabrera (parte actora):

Refirió que la señora Clara Inés Moreno tuvo cuatro hijos, la mayor llamada Paola, Exsenjower, Esteven y Darwin; que llegaron a Bogotá en el año 2007, desplazados por la violencia; que Exsenjower empezó a trabajar cuando era menor de edad, por lo que los recursos que devengaba eran destinados al sostenimiento del hogar; que su hermana residía inicialmente en el Barrio Alameda de Engativá en un apartamento rentado en el que vivía junto sus tres hijos varones; que su hermana siempre fue ama de casa, dedicada al cuidado de sus hijos menores, mientras que el causante era quien trabajaba arduamente para cubrir los gastos de su familia; que una vez fallecido Exsenjower los hermanos intentaban ayudarle ocasionalmente a la señora Clara Inés Moreno dada su precaria situación económica y que con ocasión de ese suceso, la actora debió buscar trabajo en oficios varios.

Dilucidado lo anterior y analizadas en detalle las pruebas obrantes en el plenario, considera esta Sala que la actora logró demostrar la ayuda brindada por su hijo fallecido y, por ende, su dependencia económica, en los términos de los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993. En efecto, nótese que lo que se extrae de los testimonios y de las declaraciones contenidas en la investigación administrativa es que el causante no tenía hijos, cónyuge o compañera permanente; que convivía en el mismo techo con su madre y con sus dos hermanos; que la demandante era ama de casa, dedicada al cuidado de

los hijos y que el señor Exsenjower Barón Moreno solventaba en mayor grado los gastos de aquella y de sus hermanos, tales como arriendo y alimentación; incluso, los declarantes fueron coincidentes en indicar que el fallecido empezó a desarrollar actividades laborales antes de cumplir la mayoría de edad, desde el momento mismo en que arribaron a Bogotá desplazados por la violencia, con el fin de dar apoyo económico a su familia.

Ahora bien, no desconoce esta Corporación que conforme a las declaraciones de los señores William Daniel López, Cindy Paola Barón Moreno, Ana Paola Meza Vergara, David Orlando Pinilla y Yecid Barón Durán, plasmadas en la investigación administrativa, la actora desarrollaba una actividad económica ocasional como auxiliar en un establecimiento de peluquería; no obstante, también avizora que esta labor fue ejercida en mayor medida con posterioridad al fallecimiento de su hijo, justamente ante la imposibilidad de cubrir por completo los gastos del hogar y que quien asumía en mayor grado los gastos del hogar era el fallecido. Asimismo, los testigos fueron coincidentes en indicar que después del deceso del señor Exsenjower Barón Moreno, la familia y vecinos de la señora Clara Inés Moreno debieron brindarle ayuda a ella y a sus hijos ante la precaria situación económica que atravesaban, lo que sin lugar a duda denota que los recursos que brindaba el causante a su madre eran indispensables para el sustento de ella y de su núcleo familiar, con lo que esta Sala entiende cumplido el requisito de dependencia económica para reconocer la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes a la actora en los términos previstos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Interesa en este punto referir que, Protección en su recurso de alzada argumenta que no concurren los supuestos de hecho exigidos para considerar a la actora como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, por cuanto en su criterio, quedó demostrado que ella no dependía económicamente del fallecido y que, además, reportaba ingresos suficientes para sostenerse, con base principalmente en la declaración del señor Yecid Barón. Al respecto, estima esta Sala que tal alegación no tiene vocación de prosperidad si se tiene en cuenta que incluso el mismo señor Yecid, reconoció que madre e hijo se apoyaban económicamente para sostener el hogar,

integrado por ellos y por los dos hermanos del fallecido, frente a lo cual se trae nuevamente a colación las respuestas dada por ese declarante:

Sabe si su hijo le colaboraba de alguna manera a la mamá?

Claro, como ellos vivían juntos, de pronto para el mercadito o servicios, pero no sé con cuánto, ni cada cuánto.

Sabe si la señora Clara le colabora de alguna manera a su hijo?

Sí. Ellos se ayudaban mutuamente.

Sabe si la señora Clara dependía económicamente de su hijo?

Claro porque él le colaboraba.

Cabe en este punto reiterar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha determinado que la dependencia económica no implica la imposibilidad de que progenitor supérstite desarrolle alguna actividad por cuenta propia, pues lo que realmente se exige es la comprobación de que sin el apoyo económico de su hijo, el padre o madre sobreviviente no tenga la capacidad de garantizar su subsistencia en condiciones dignas, tal y como a criterio de esta Sala fue demostrado por la actora, más aun teniendo en cuenta que de ella dependen también dos hijos y que además, se trata de un grupo de especial protección constitucional en su condición de víctimas del desplazamiento.

Por otro lado, frente al reparo relacionado con las ayudas que ha recibido la actora por parte del gobierno relacionadas con la entrega de una vivienda y un subsidio, considera esta Corporación que ello solo confirma que la demandante y sus hijos hacen parte de un grupo vulnerable de la población por su condición de desplazados y además, sus recursos son escasos; tampoco podría considerarse que el monto de los subsidios recibidos, que según la demandante corresponde a \$200.000 (sin que la demandada aporte una prueba que lo controvierta) pueda ser un ingreso suficiente para garantizar su subsistencia en condiciones dignas.

Con relación al reparo sobre las inconsistencias entre las declaraciones de los testigos, puntualmente respecto de las fechas en que la demandante y sus hijos llegaron a Bogotá, se estima que ello puede explicarse por olvidos naturales derivados del transcurso del tiempo y, en todo caso, no versan sobre un punto relacionado con la

dependencia económica que es lo que interesa indagar en este caso y frente al cual ambos declarantes fueron coincidentes.

Dilucidado lo anterior, se concluye que los medios de prueba obrantes en el expediente resultan suficientes para probar el supuesto de hecho previsto en los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993, esto es, la calidad de madre dependiente del afiliado supérstite. Por ello, se confirmará la decisión de primera instancia en lo relacionado con el reconocimiento del derecho pensional en favor de la demandante.

De otra parte, avizora esta Corporación que el *a quo* no liquidó el valor del retroactivo pensional, por lo que en este caso, en virtud de lo previsto en el artículo 283 del CGP (aplicable por remisión en materia laboral), se procederá a imponer una condena en concreto y para tal efecto, se liquidará y actualizará el valor del retroactivo pensional, partiendo del 01 de diciembre de 2017, como quiera que este hito temporal no fue controvertido por ninguna de las partes, hasta la fecha de la presente sentencia, el cual asciende a la suma de **\$ 77.081.648**, conforme lo siguiente:

Año	Desde	Hasta	Valor de la mesada	No. de pagos	Total
2017	1-dic-17	31-dic-17	\$ 737.717	1	\$ 737.717
2018	1-ene-18	31-dic-18	\$ 781.242	13	\$ 10.156.146
2019	1-ene-19	31-dic-19	\$ 828.116	13	\$ 10.765.508
2020	1-ene-20	31-dic-20	\$ 877.803	13	\$ 11.411.439
2021	1-ene-21	31-dic-21	\$ 908.526	13	\$ 11.810.838
2022	1-ene-22	31-dic-22	\$ 1.000.000	13	\$ 13.000.000
2023	1-ene-23	30-nov-23	\$ 1.600.000	12	\$ 19.200.000
TOTAL					\$ 77.081.648

Se precisa que al momento de proferir este fallo la mesada de diciembre de 2023, no se ha causado por no haber finalizado el mes, sin que sea procedente ordenar su pago parcial. Por ello, el cálculo del retroactivo sólo incluye la mesada de noviembre de la presente anualidad junto con la adicional, causada ese mismo mes.

Por lo expuesto, se ordenará la modificación de la sentencia de primera instancia sobre este punto, a efectos de liquidar y actualizar el retroactivo reconocido.

INTERESES DE MORA

Cuestiona Protección S.A. la condena que por concepto de intereses moratorios le fue impuesta en la sentencia de primer grado. Sobre el particular, vale la pena rememorar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, 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 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 (CSJ, 23 sept. 2002, rad. 18512 y CSJ SL 5025-2018).

Visto lo anterior, se tiene que en el caso que nos ocupa, Protección S.A. mediante escrito del 31 de julio de 2017, le negó a la actora el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, cuestión que sin lugar a duda ha generado un retardo en el pago de la prestación que se mantiene en la actualidad, de modo que se cumple el supuesto de hecho previsto en la norma y jurisprudencia en cita para imponer condena por concepto de intereses moratorios.

Se aclara que, en razón a que las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 01 de diciembre de 2017 fueron declaradas prescritas por el Juez de primera instancia sin que existiera reparo alguno al respecto, tales intereses se

generarían desde esa data, hasta que se verifique el pago del retroactivo pensional y de su inclusión en nómina, conforme fue adecuadamente ordenado por el Juez de primera instancia.

RECURSO EFECTUADO POR LA PARTE DEMANDANTE

Con respecto al recurso parcial efectuado por la demandante, relacionado con la autorización a favor de Protección S.A. para descontar de las mesadas pensionales, los valores reconocidos por concepto de devolución de saldos, se indica que al examinar en detalle los medios de prueba obrantes en el expediente, no se avizora documento que permita acreditar que a la actora se le hubiese pagado valor alguno ese concepto, pues, aunque a folio 181 del archivo 04 se observa una comunicación de la AFP en la que aparentemente se reconoce en su favor el valor de \$4.718.702, por tal rubro, lo cierto es que no se allegó constancia de entrega o consignación efectiva de este dinero, cuestión que debía ser adecuadamente demostrada por la demandada a efectos de que se le autorizara la deducción este valor sobre la condena.

Por esta razón, le asiste razón al apoderado de la parte actora en el sentido de indicar que el *a quo* no debió autorizar a Protección S.A. a deducir del valor de la condena, suma alguna por el nombrado concepto y, por tanto, deberá revocarse parcialmente el numeral cuarto de la decisión de primer grado conforme a lo expuesto.

COSTAS

Costas de esta instancia a cargo de Protección, por ser la vencida en juicio de conformidad con lo dispuesto en el 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: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia para **CONDENAR** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** al pago retroactivo pensional a favor de la señora **CLARA INÉS MORENO**, que liquidado entre el 01 de diciembre de 2017 y el 14 de diciembre de 2023 asciende a **\$77.081.648**.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto la sentencia de primera instancia únicamente en lo relacionado con la autorización dada a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** para descontar del valor de la condena, las sumas por concepto de devolución de saldos, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS a cargo de **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN 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 Protección S.A.
suma de \$1.160.000.



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	110013105032202100196-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CORNELIO GALEANO HERNÁNDEZ
DEMANDANDO	FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 Cornelio Galeano Hernández se condene a la demandada a reliquidar su primera mesada pensional sobre el salario devengado en el último año de servicios que lo fue la suma de \$203.349,80, junto con los reajustes legales, las diferencias causadas desde el 18 de octubre de 2017, lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst, exp digital), señaló que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia es la entidad que sustituyó las obligaciones pensionales causadas a partir de la extinción

de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia; que el demandante laboró para Ferrocarriles Nacionales de Colombia en calidad de trabajador entre el 20 de octubre de 1980 y el 29 de noviembre de 1991, es decir, por espacio de 11 años, 0 meses y 3 días; que devengó como último salario promedio la suma de \$203.349,80 conforme la Resolución 002356 del 28 de diciembre de 1992, por medio de la cual se reliquidaron sus cesantías.

Narró que, nació el 18 de octubre de 1957, por lo que cumplió 60 años de edad en esa misma calenda del año 2017; que el motivo del retiro fue por supresión del cargo con derecho a indemnización de acuerdo a los Decretos 895 y 1651 ambos de 1991; que el demandado a través de la Resolución 1784 del 25 de septiembre de 2018, le reconoció pensión proporcional de jubilación artículo 8 de la Ley 171 de 1961 con efectividad a partir del 18 de octubre de 2017, en cuantía de \$992.246,19, teniendo en cuenta como promedio salarial \$185.154 y una tasa de reemplazo del 44.03%.

Expuso que, no se le había tenido en cuenta el verdadero promedio de lo devengado en el último año de servicios, el cual debía indexarse desde 1991 a 2017; que el 04 de septiembre de 2019, presentó reclamación administrativa, pero que la pasiva mediante Resolución 2728 del 02 de noviembre de igual año, negó lo peticionado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, contestó la demanda (archivo 06, carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, los aceptó en su mayoría, excepto que, pagó la pensión proporcional de jubilación de forma errada, pues considera que lo hizo con apego al artículo 8 de la Ley 171 de 1961, en un porcentaje del 44,03% en razón a los 3963 días trabajados.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 06 de julio de 2022 (archivo 12-13 carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por la entidad demandada, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- CONDENAR a la demandada FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reliquidar la primera mesada de la pensión restringida de jubilación reconocida al demandante CORNELIO GARCÍA HERNÁNDEZ, la cual ascenderá a la suma de \$1.081.974.00, y que para el año 2022 corresponde a \$1.294.499.00.

TERCERO.- CONDENAR a la entidad demandada a pagar al demandante el retroactivo pensional por las diferencias entre la mesada pensional reconocida y la mesa reliquidada en esta providencia, diferencias que calculadas al 30 de junio de 2022 ascienden a la suma de \$6.539.830.00, y sin perjuicio de las diferencias que se causen con posterioridad al mes de junio de 2022 y hasta que sea incluido en nómina de Pensionados el nuevo valor.

El referido retroactivo pensional deberá cancelarse al demandante de manera indexada desde la fecha de causación de cada una de las diferencias pensionales y hasta el momento de su pago definitivo; y, asimismo, se autoriza a la entidad demandada que descuente del retroactivo pensional lo correspondiente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud que le corresponden al pensionado.

CUARTO.- ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO.- CONDENAR en costas a la demandada y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

El a quo indicó que, no era objeto de controversia el tiempo laborado por el señor Cornelio Galeano Hernández a favor de Ferrocarriles Nacionales de Colombia entre el 20 de octubre de 1980 y el 29 de noviembre de 1991, data esta última en que finalizó por liquidación de la entidad; y que al actor mediante Resolución 1784 del 25 de septiembre de 2018, se le reconoció pensión proporcional de jubilación con efectividad a partir del 18 de octubre de 2017, en cuantía de \$992.246,19, teniendo en cuenta como promedio salarial \$185.154 y una tasa de reemplazo del 44.03%.

Señaló que, la discusión se centraba en la liquidación de la primera mesada pensional, la que debía calcularse con el promedio de los salarios devengados en el

último año de servicios, pues la demandada tuvo en cuenta \$185.154, cuando debió ser \$203.349,80.

Indicó que, la parte actora había llegado los documentos que daban cuenta de una reliquidación de la prima de servicios en valor de \$7.5747,14 y las vacaciones en suma de \$30.880,26, conceptos que el demandante consideraba debían ser tenidos en cuenta dentro del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, para definir la cuantía de su mesada pensional.

Refirió que, en el expediente obraba la certificación de salarios devengados en el último año laborado, observando que este percibió \$2.221.847,34 lo que dividido 12 arrojaba un promedio mensual de \$185.154, dentro de lo que se incluyó, salario básico, dominicales, festivos, horas extras, vacaciones eventualidades, bonificación de vacaciones, prima de antigüedad, reliquidación prima, viáticos especiales, y prima semestral. De lo anterior concluyó que, no era posible determinar que los valores que el actor reclamaba no hubiesen sido tenidos en cuenta para efectos de liquidar su pensión.

Sin embargo, consideró que revisada dicha certificación sí era posible establecer que la misma tenía un error que había afectado el promedio mensual del demandante, dado que el mes uno, no se había sumado para dicho efecto, por lo que al sumarse este, el total de lo percibido fue \$2.422.782,70 lo que dividido 12 equivalía a un promedio mensual de \$201.898,56, valor que indexado al año 2017 sería de \$2.457.356,20, y que al aplicarle la tasa de reemplazo del 44.03%, arrojaría una primera mesada pensional de \$1.081.973,93, por lo que accedería a las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que, las diferencias pensionales debían pagarse debidamente indexadas desde su causación hasta la inclusión en nómina, y del retroactivo autorizó el descuento por los aportes al sistema de Seguridad Social en Salud.

Respecto a la excepción de prescripción advirtió que, la pensión del actor había sido reconocida mediante Resolución 1784 del 25 de septiembre de 2018, el

demandante había presentado reclamación el 4 de septiembre de 2019, y la demanda el 19 de marzo de 2021, con lo cual, determino que no transcurrió el término trienal de prescripción contemplado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación solicitando se revise la liquidación de la primera mesada pensional, dado que considera que esa entidad lo hizo conforme lo disponía la ley, por lo que no había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Cornelio Galeano Hernández nació el 18 de octubre de 1957; *ii)* que laboró para Ferrocarriles Nacionales de Colombia en calidad de **trabajador oficial** desde el 20 de octubre de 1980, hasta el 29 de noviembre de 1991, es decir, por espacio de 11 años, 0 meses y 3 días; *iii)* que su contrato finalizó por supresión del cargo con derecho a indemnización artículo 1 Decreto Ley 895 de 1991, modificado por el Decreto 1651 de igual año, según el Acuerdo 161 de la Junta Liquidadora de fecha 22 de octubre de 1991; y *iv)* que mediante Resolución 1784 del 25 de septiembre de 2018, se le reconoció pensión proporcional de jubilación artículo 8 de la Ley 171 de 1961 con efectividad a partir del 18 de octubre de 2017, en cuantía de \$992.246,19, teniendo en cuenta como promedio salarial \$185.154 y una tasa de reemplazo del 44.03%.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el actor tiene derecho a que se reliquide su primera mesada pensional, teniendo en cuenta un promedio de salarios devengados en el último año de servicios, superior a \$185.154.

El artículo 8 de la Ley 171 de 1961 en lo relativo a la liquidación de la pensión proporcional de jubilación por despido sin justa causa que prevé:

(...)

*La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, **y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.***

En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

(...)

En ese orden de ideas, la pensión plena de jubilación que le hubiera correspondido al actor, de haber satisfecho las exigencias, sería la establecida en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, que dice:

Artículo 1°.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

De allí que la liquidación de la prestación se realiza conforme a lo señalado en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 modificado por el 1° de la Ley 62 del mismo año, que estipula:

Artículo 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación;

dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Ahora bien, esta Sala debe verificar cuales son los factores salariales para tener en cuenta para efectos de liquidar esta prestación, para lo cual se encontró la certificación de salarios devengados en el último año laborado por el actor, así:

ULTIMO AÑO LABORADO:				01 DE DICIEMBRE DE 1990 A 29 NOVIEMBRE DE 1991			
FACTORES DE SALARIO	MES 1	MES 2	MES 3	MES 4	MES 5	MES 6	SUB-TOTAL
SALARIO BASICO	41.529,38	61.304,59	75.345,60	77.857,12	75.343,60	77.857,12	409.237,80
SUELDOS DIFERENCIA							0,00
COMPENSATORIOS EN DINERO							0,00
DOMINICALES Y FESTIVOS	5.932,74	8.899,11					14.831,85
HORAS EXTRAS	4.325,95	6.179,93	1.726,56	8.633,34		4.630,61	25.498,43
DESCANSOS PROMEDIADOS							0,00
RETROEVENTUALIDADES			10.552,32				10.552,32
RETROACTIVOSUELDOS							0,00
COMPENSATORIOS DINERO							0,00
BONIFICACION DE SERVICIOS							0,00
REBAJA SANCION							0,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD							0,00
VACACIONES EVENTUALIDADES							0,00
BONIFICACION VACACIONES							0,00
VACACIONES							0,00
RELIQUIDACION PRIMA		4.621,75					4.621,75
PRIMA KILOMETRAJE							0,00
VIATICOS ESPECIALES		750,00		750,00			1.500,00
VIATICOS COMISIONES							0,00
PRIMA SEMESTRAL	149.147,29						149.147,29
TIEMPO MUERTO							0,00
BONIFICACION PUNTUALIDAD							0,00
PO TRANSPORTE							0,00
TOTAL		81.755,77	87.624,58	87.240,46	75.343,60	82.487,73	414.452,14

TOTAL	MES 7	MES 8	MES 9	MES 10	MES 11	MES 12	SUB- TOTAL
FACTORES DE SALARIO							
SALARIO BASICO	75.045,60	77.857,12	77.857,12	75.345,60	77.857,12	72.834,08	458.789,64
SUELDOS DIFERENCIA							0,00
COMPENSATORIOS EN DINERO							0,00
DOMINICALES Y FESTIVOS	7.534,56	56.509,20	45.207,36	45.207,36	37.672,80	86.195,34	278.326,62
HORAS EXTRAS	33.545,50	56.603,37	59.052,10	73.885,71	75.157,23	120.961,62	419.205,53
DESCANSOS PROMEDIADOS							0,00
RETROEVENTUALIDADES							0,00
RETROACTIVOSUELDOS							0,00
COMPENSATORIOS DINERO							0,00
VACACIONES EVENTUALIDADES						39.527,85	39.527,85
BONIFICACION DE VACACIONES						159.548,01	159.548,01
VACACIONES						37.672,80	37.672,80
REBAJA SANCION							0,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD						11.910,00	11.910,00
PRIMA KILOMETRICA ORDINARIA							0,00
RELIQUIDACION PRIMA		7.169,41					7.169,41
VIATICOS COMISIONES							0,00
VIATICOS ESPECIALES	4.500,00						4.500,00
BONIFICACION PUNTUALIDAD							0,00
PRIMA SEMESTRAL	95.597,21					297.141,13	392.738,34
PO MUERTO							0,00
PO TRANSPORTE							0,00
SUBTOTAL	218.222,87	198.139,10	182.118,58	194.438,67	190.687,15	825.788,83	1.807.395,20
TOTAL	218.222,87	278.894,87	269.741,16	281.679,13	266.030,75	908.278,56	2.221.847,34

De lo anterior y conforme lo estipulado en el artículo 1° de la Ley 62 de los 1985 los factores salariales para tener en cuenta para efectos de liquidar esta prestación, son: i) salario básico; ii) dominicales y festivos; iii) horas extras; y iv) prima de antigüedad; lo cual calculado arroja un global de \$1.615.804,91 que al dividirlo en 12, nos da un salario base de liquidación de \$134.650,41.

Lo anterior, porque si bien el salario base para la reliquidación de las prestaciones del señor Cornelio Galeano Hernández fue \$203.349,80 conforme la Resolución 002356 del 28 de diciembre de 1992 (f.° 35-36 archivo 06 carpeta 1ª inst, exp digital), debe tenerse en cuenta que las vacaciones eventualidades, bonificación de vacaciones, vacaciones, reliquidación prima, viáticos especiales y prima semestral que fueron promediados en ese rubro, estos no hacen parte de los factores indicados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Por lo tanto, el IBL para liquidar la mesada pensional del señor Cornelio Galeano Hernández conforme el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, y el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 modificado por el 1° de la Ley 62 del mismo año, **debía ser de \$134.650,41** pero como quiera que la demandada a través de la Resolución 1784 del 25 de septiembre de 2018, le reconoció pensión proporcional de jubilación artículo 8 de la Ley 171 de 1961 con efectividad a partir del 18 de octubre de 2017, teniendo en cuenta como promedio salarial devengado en el último año de servicios la suma de **\$185.154**, el cual es evidentemente superior al aquí determinado, no hay lugar a acoger sus pretensiones.

Lo anterior tiene sustento en la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras la sentencia CSJ SL1061-2023, en donde se indicó:

El descontento de la recurrente frente a la sentencia atacada, en el cargo sub-examine, está relacionado con la determinación efectuada por el Tribunal del ingreso base de liquidación pensional (IBL), por lo cual le corresponde a la Corte determinar si el ad quem incurrió en un desatino al establecer este citado parámetro que se constituye en un elemento fundamental al momento de realizar la liquidación de la pensión del actor.

Queda claro con lo anterior, que está por fuera de discusión el reconocimiento al actor de una «pensión restringida de jubilación» con fundamento en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, norma que, a su vez, establece en su penúltimo inciso que la aludida pensión «se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios».

Ahora bien, vale la pena recordar que esta Corporación ha definido que la pensión restringida de jubilación se debe liquidar con los factores que sirvieron de base para hacer los aportes en el último año de servicios, y que estos son los enlistados expresamente en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de la misma anualidad.

Al respecto, en la providencia CSJ SL123-2020, esta Sala de la Corte, al resolver un asunto de similares contornos y promovido en contra de la misma demandada, enseñó:

Tampoco puede afirmarse que existe yerro alguno en dicho proceder, pues de conformidad con el parágrafo del artículo 8° la Ley 171 de 1961 y el 74 del Decreto 1848 de 1969, en atención a que la pensión sanción reconocida al demandante, se causó el 1 de junio de 1992, el salario de liquidación de esta, debe determinarse con relación al que le habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que, para ese momento, era la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual, dispone en su artículo 1, que el salario a tener en cuenta es el que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores de este los que se indican en el artículo 3 ibídem, modificado por el canon 1 de la Ley 62 de 1985, esto es: la asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (CSJ SL2748-2018). (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Como en el presente asunto se tiene que: (i) el actor causó el derecho a la pensión implorada el 15 de noviembre de 1991 (artículo 8° de la Ley 171 de 1961), vale decir, con anterioridad a la entrada en vigencia del estatuto de la seguridad social; (ii) aquél estuvo vinculado laboralmente con la Caja de Crédito Agrario por más de 17 años; y (iii) la pensión plena de jubilación que le hubiera correspondido recibir, de haber cumplido las exigencias legales sería la establecida en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, sin hesitación ninguna, necesaria y rigurosamente se debe echar mano del canon 1° de la Ley 62 de 1985, que expresamente preceptúa que «las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes», sin que con ello se viole el postulado de inescindibilidad, pues esta última regla al modificar aquél hace parte del mismo, por lo que el Tribunal no incurrió en yerro alguno al aplicar este precepto.

Aunado a lo anterior, es menester precisar que el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, es una norma rígidamente taxativa (numerus clausus) por lo tanto de interpretación restrictiva, y siendo lo anterior así, como efectivamente lo es, no se abre paso la propuesta del recurrente de estimar otros factores salariales, pues, a las claras, dicho planteamiento va más allá de la voluntad del legislador, quien determinó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base. De manera que si el legislador hubiese querido

que estuviesen más factores salariales así lo hubiere plasmado en la ley; no hay que soslayar que «cuando el legislador lo quiere lo dice, si no lo quiere calla».

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia, y en su lugar se absolverá a la demandada de todas las súplicas de la demanda.

COSTAS

COSTAS tanto el primera como en esta instancia a cargo del demandante dado que sus pretensiones no salieron avantes, ello de conformidad con lo dispuesto en el 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: REVOCAR la sentencia apelada y consultada emitida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de julio de 2022, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

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

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 la parte demandante la suma de \$580.000.



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	110013105034201900630-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTES	OLGA PUENTES PITA JOSÉ GUSTAVO VANEGAS SÁNCHEZ
DEMANDANDO	SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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

Pretenden los señores OLGA PUENTES PITA y JOSÉ GUSTAVO VANEGAS SÁNCHEZ se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su favor en calidad de padres del causante Andrés Felipe Vanegas Puentes desde el 22 de diciembre de 2017, a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o de forma subsidiaria a esta la indexación de las mesadas pensionales, 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), señalaron que son los padres del fallecido Andrés Felipe Vanegas Puentes; que dependían económicamente de este, pues ellos no cuentan con un empleo formal y requerían del aporte que proveía el causante para garantizar su mínimo vital; que su hijo laboraba para la empresa Mavimag SAS, que no tenía descendencia, que era soltero, y que murió el 22 de diciembre de 2017 en un accidente de tránsito.

Manifestaron que, no cuentan con propiedades, ni ingresos adicionales a los que obtienen por sus trabajos ocasionales e informales; que el 14 de marzo de 2018, solicitaron el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como beneficiarios de su hijo Vanegas Puentes ante la AFP Porvenir S.A., pero que esa entidad a través de oficio del 27 de junio de 2018, negó la prestación, argumentando que no existía dependencia económica al momento del fallecimiento del afiliado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La AFP Porvenir S.A. contestó la demanda (archivo 04 carpeta 1ª inst exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó que los demandantes eran los padres de Andrés Felipe Vanegas Puentes; que este era empleador de la empresa Mavimag SAS, la fecha de fallecimiento; que reclamaron la pensión de sobrevivientes, pero les fue negada; frente a los demás hechos, señaló que no le constaban por corresponder a situaciones ajenas.

Aclaró que, el padre del causante tenía ingresos en razón a su vínculo laboral como trabajador en una finca donde percibía un SMMLV, era cotizante en salud, y que los \$300.000 que el fallecido aportaba al hogar eran para cubrir sus propios gastos, ya que era lógico que al convivir con sus padres debía asumir su manutención; que los demandantes son una pareja que lleva más de 26 años de convivencia, lo que supone una vida en común y ayuda mutua, por lo que la dependencia económica se debía predicar entre compañeros, y no respecto del afiliado fallecido.

Formuló como excepciones de mérito, las de inexistencia de las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de marzo de 2022 (archivo 08-09 carpeta 1ª inst exp digital), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de los demandantes OLGA PUENTES PITA y JOSÉ GUSTAVO VANEGAS SÁNCHEZ, causada con el deceso de su hijo ANDRÉS FELIPE VANEGAS, en cuantía equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente para esta anualidad, a partir del 3 de enero de 2018 (sic), en 13 mesadas pensionales, conforme a las consideraciones de la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., al reconocimiento y pago de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 15 de mayo de 2018, hasta que se haga efectivo el pago.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de las demás pretensiones de la demanda propuesta por OLGA PUENTES PITA y JOSÉ GUSTAVO VANEGAS SÁNCHEZ.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales.

QUINTO: AUTORIZAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a descontar tanto del retroactivo como de las Mesadas Pensionales que se causen a futuro lo correspondiente al aporte al sistema de seguridad social en salud.

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el fallecido había dejado causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de sus padres, en caso de ser así, determinaría la mesada pensional, y si había lugar a los intereses moratorios o en su defecto a la indexación.

Estableció como hechos indiscutidos que el afiliado Andrés Felipe Vanegas Puentes, era hijo de los demandantes, que falleció el día 22 de diciembre de 2017, data

para la cual cotizaba a la AFP Porvenir S.A., en calidad de trabajador dependiente, acumulando un total de 175 semanas.

Señaló que el causante había dejado causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en tanto, en los tres últimos años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, cotizó más de 50 semanas, pues acreditó 126.

En cuanto a los beneficiarios de dicha prestación, afirmó que conforme el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, los padres del afiliado lo serían si demostraban que dependían económicamente de éste.

Indicó que los demandantes habían demostrados ser los padres del afiliado fallecido; que en la investigación realizada por efectos de la reclamación de la prestación, se había establecido que: i) el *de cujus* era soltero, no tenía pareja, ni hijos, que residía con sus papás, que falleció el 22/12/2017 en un accidente de tránsito, data para la cual trabajaba en la empresa Mantenimiento Vial del Alto Magdalena como operario; ii) que los actores convivían en unión libre desde hacía más de 26 años; iii) que el causante de manera permanente colaboraba con los gastos del hogar; iv) que los padres habían manifestado que su hijo realizaba un aporte económico de \$300.000 mensuales para alimentación y pago de facturas en el hogar; y v) que el demandante realizaba oficios varios en una finca devengando el equivalente a un SMMLV y la actora era ama de casa, y ninguno de los dos estaba pensionado; no obstante, dicho informe concluyó que no había dependencia económica de los padres respecto del hijo fallecido.

Sostuvo que, conforme la sentencia CC C-111 de 2006, la dependencia económica exigida a los padres para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de sus hijos no debía ser total y absoluta o estar en la miseria o indigencia, sino que bastaba con acreditar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los beneficiarios obtener los ingresos indispensables para subsistir de manera digna, así le correspondía a los jueces en cada caso concreto determinar si estos eran autosuficientes económicamente o no.

Afirmó que, de las pruebas obrantes en el expediente, del interrogatorio de parte y la prueba testimonial surgía con claridad, que el *de cujus* convivía con sus padres en una finca en la vereda Ibáñez del municipio de Agua de Dios Cundinamarca, la cual estaba al cuidado y administración de su papá; que la madre siempre había sido ama de casa; que el sustento del hogar provenía del salario del señor José Gustavo Vanegas Sánchez que era equivalente a un SMMLV y de \$300.000 mensuales que aportaba el causante para servicios públicos, alimentación y medicinas para su mamá.

Advirtió que, bajo esa perspectiva los padres si dependían parcialmente del aporte económico que realizaba el *de cujus*, ya que, la madre no tiene ningún ingreso y presenta quebrantos de salud crónicos, el SMMLV devengado por el padre de éste no era suficiente para atender todas las necesidades del hogar, y desde que su hijo faltó se han visto en dificultades para encontrar un equilibrio en su nivel de vida; por lo anterior, concluyó que había lugar a reconocer la prestación pretendida en favor de los actores.

Expuso que, en Colombia ninguna pensión podía ser inferior a un SMMLV, por lo que en este caso el monto de la prestación sería equivalente a un SMMLV, reajustada año a año, y en 13 mesadas pensionales.

Frente a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, refirió que estos se causaban ante el incumplimiento en el pago de las mesadas pensionales, con independencia de la buena o mala fe con que obrara la administradora de pensiones, por lo que en este asunto eran procedentes a partir del 15 de mayo de 2018, dado que la reclamación de la prestación se había realizado el 14 de marzo de esa anualidad.

Explicó que, no se configuraba la excepción de prescripción, porque entre la causación del derecho y la reclamación de la prestación no había transcurrido mas de 3 años, y que la demanda se había radicado el 20 de septiembre de 2019.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que la dependencia económica consistía en que las personas no puedan subsistir de manera digna por sus propios medios, es decir, que no tengan ingresos; que en este proceso se había demostrado que los demandantes eran pareja hacía más de 26 años, que siempre habían dependido del salario mínimo devengado por el padre del causante incluso en la actualidad, asunto que había sido desconocido por el juzgador, ya que un SMMLV era suficiente para «*comer los dos*», y vivir en condiciones dignas y justas, pues viven en el lugar donde trabajan, sufragando el empleador los gastos de servicios públicos; además que las medicinas de la accionante no eran de la época del fallecimiento del afiliado.

Narró que, se ignoró la confesión del demandante quien sostuvo que mantuvo a su familia toda la vida con un SMMLV y vivían en condiciones dignas, esto, antes de tener hijos, durante el crecimiento de ellos y en la actualidad, por ende, no dependía económicamente de su hijo fallecido; que con independencia de que se hubiese dicho que el causante colaboraba mensualmente con \$300.000, a los testigos no les constaba cuanta plata era, porque nunca lo vieron, todo fue de oído porque alguien más les dijo.

Explicó que, el aporte del *de cujus* estaba destinado a cubrir sus propios gastos de manutención, mas no a una dependencia económica por parte de sus padres. Añadió que el padre señor Vanegas Sánchez había sacado un crédito, pero ello no significaba que fuese para subsistir; que éste tenía una relación laboral donde le pagaban salario, prestaciones sociales y seguridad social integral, por ende, su compañera señora Puentes Pita debía ser su beneficiaria, para recibir todas las prestaciones del sistema de salud y no asistir al Sisbén como lo afirmó.

Concluyó que en este proceso no estaba demostrada la dependencia económica de los demandantes respecto del afiliado fallecido, por ende, debía absolverse de las pretensiones de la demanda.

Por último, refirió que la prestación se negó porque no se había demostrado en sede administrativa ni en la judicial la dependencia económica, es decir, con apego a la Ley, luego no había lugar a acceder a los intereses moratorios, por lo que en caso de

encontrarse procedente la pensión reclamada, debía absolverse de los intereses referidos.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir S.A., en consonancia con los reparos invocados en atención a lo previsto en el artículo 66-A del CPTSS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos que: **i)** que el señor Andrés Felipe Vanegas Puentes era hijo de los señores Olga Puentes Pita y José Gustavo Vanegas Sánchez (f.º 21 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** aquel falleció el 22 de diciembre de 2017 (f.º 25 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** al momento de su fallecimiento estaba afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones con la AFP Porvenir S.A. (f.º 64-67 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** dentro de los tres años anteriores a su deceso, había acumulado 126 semanas de cotización (f.º 52-57 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. Digital); **v)** los demandantes solicitaron ante Porvenir S.A., el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de padres del fallecido el día 14 de marzo de 2018 (f.º 60 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **vi)** Porvenir S.A. negó el reconocimiento de tal prestación mediante escrito del 27 de junio de 2018 (f.º 87 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. Digital).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a establecer si dentro del proceso se acreditó la dependencia económica de los padres del causante para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes reclamada, o si por el contrario como lo asegura la AFP recurrente, los demandantes son autosuficientes monetariamente.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por referir que, en tratándose de pensión de sobrevivientes de los afiliados o pensionados del RAIS, la norma aplicable es la vigente a la fecha de fallecimiento de aquellos.

Para el caso en concreto, se tiene que el deceso del señor **Andrés Felipe Vanegas Puentes** ocurrió el 22 de diciembre de 2017, de ahí que la disposición que gobierna tal situación pensional sea el artículo 73 de la Ley 100 de 1993, que remite expresamente al artículo 46 ibidem, modificado por el artículo 12 de Ley 797 de 2003, que puntualmente establece:

ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del **afiliado** al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado **cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento** y se acrediten las siguientes condiciones [...]. (Negrilla fuera del texto original)*

Tal y como quedó definido con anterioridad, corresponden a hechos indiscutidos que el señor **Andrés Felipe Vanegas Puentes** era afiliado a la AFP Porvenir S.A. y que dentro de los tres años anteriores a su deceso, acumuló un total de 126 semanas de cotización, con lo que se entiende cumplido el supuesto de hecho previsto en la norma en cita, de modo que de entrada se avizora que el fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

DE LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

En cuanto a los beneficiarios de la pensión bajo análisis, tenemos que el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala lo siguiente respecto de los padres:

ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, (...).*
- b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, (...).*
- c) *Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, (...).*
- d) *<Aparte tachado INEXEQUIBLE> **A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este;***
- e) *A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.*

PARÁGRAFO. *Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.*

Como se observa, respecto de los beneficiarios del afiliado fallecido, la disposición precitada dispone en su literal d), que a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los padres del causante, **si dependían económicamente de este.**

Ahora bien, respecto de la dependencia económica de los progenitores supérstites, debe tenerse en cuenta que está suficientemente decantado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, que la misma corresponde a la ayuda pecuniaria brindada por el hijo, que tuviese el carácter de necesaria para la subsistencia de los padres en condiciones dignas; en efecto, tal requisito no implica que estos últimos no puedan percibir algún ingreso adicional por una actividad laboral propia, pues lo que realmente se exige es la comprobación de que no cuentan con autonomía financiera y que sin el apoyo económico dado por el hijo fallecido, los progenitores se enfrentan a la imposibilidad de mantener un mínimo de subsistencia en condiciones dignas. Es así como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1759-2020 refirió:

Y la circunstancia que independientemente de la posterior declaración de inexequibilidad contenida en la sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006, el ad quem a re[n]glón seguido haya estimado que pese a lo consagrado originalmente en el citado literal d) del artículo 13, que incorporó al ordenamiento la expresión ‘total y absoluta’, debía entenderse que la

*dependencia allí exigida no podía tener tal connotación, en la medida que en su sentir aquella se configura cuando los beneficiarios de la prestación, no son autosuficientes económicamente así tengan un ingreso o patrimonio, y cuando para poder subsistir dignamente 'se hallan supeditados al ingreso proveniente del de cujus'; tampoco esas aserciones constituyen un error jurídico, dado que tales razonamientos están acordes a los parámetros jurisprudenciales que de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral ha adoctrinado sobre esta precisa temática, antes y después de la expedición de la norma de marras, e incluso mientras estuvo en vigor el enunciado 'de forma total y absoluta', en el sentido de que el requisito de la dependencia económica, está concebido bajo el presupuesto de la subordinación de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para poder subsistir, con la precisión de que **'no descarta que aquellos puedan recibir un ingreso adicional fruto de su propio trabajo o actividad, siempre y cuando éste no los convierta en autosuficientes económicamente, desapareciendo así la subordinación que predica la norma legal'**, como se puede ver en la sentencia del 11 de mayo de 2004 radicado 22132, reiterada en decisiones del 7 de marzo de 2005 y 21 de febrero de 2006 con radicación 24141 y 26406 respectivamente.*

[...]

Adicionalmente, cabe agregar que como también lo ha expresado la Sala, esa dependencia económica en los términos que se acaban de delinear, indudablemente se erige como una situación que sólo puede ser definida y establecida para cada caso concreto, pues si los ingresos que perciben los padres fruto de su propio trabajo o los recursos que éstos obtengan de otras fuentes, son suficientes para satisfacer las necesidades básicas o relativas a su sostenimiento, no se configura el presupuesto de la norma para poder acceder al derecho pensional, y es por esto, que se ha puntualizado jurisprudencialmente que la mera presencia de un auxilio o ayuda monetaria del buen hijo, no siempre es indicativo de una verdadera dependencia económica, y en esta eventualidad no se cumpliría las previsiones señaladas en la ley.

En igual sentido, en la sentencia CSJ SL1931-2021, se explicó:

*En efecto, como lo puso de presente el juez plural, conforme a la jurisprudencia desarrollada por esta Corporación en torno a dicho requisito, en concordancia con lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-111-2006, la dependencia económica no puede identificarse con una sujeción total y absoluta del presunto beneficiario a los ingresos económicos que percibía el causante, **de modo que no excluye la existencia de otras rentas o fuentes de recursos, propios o provenientes de terceros, pues no es necesario que se encuentre en estado de mendicidad o indigencia** (CSJ SL1169-2019, CSJ SL1913-2019, CSJ SL3783-2019 y CSJ SL4167-2020).*

(...)

Así, es evidente que no se distanció de la jurisprudencia de la Corte que ha explicado que dicha dependencia se estructura a partir de aportes ciertos, relevantes y periódicos de los hijos hacia los padres, de manera que se establezca una verdadera relación de subordinación económica y, por tanto, se descarte una autosuficiencia económica a partir de otros ingresos (CSJ SL14923-2014 y CSJ SL4166-2020). Precisamente, en la primera sentencia referida la Corporación expresó:

No obstante lo anterior, la Sala también ha enseñado que el hecho de que la dependencia no deba ser total y absoluta, «...no significa que cualquier estipendio que se le otorgue a los familiares pueda ser tenido como prueba determinante para ser beneficiario de la pensión, pues esa no es la finalidad prevista desde el inicio, ni menos con el establecimiento en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, se insiste, es servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.» (CSJ SL4811-2014).

*En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta, en todo caso, debe existir un grado cierto de dependencia, que la Corte ha identificado a partir de dos condiciones: i) una **falta de autosuficiencia económica**, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; ii) y una **relación de subordinación económica**, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y ve afectado su mínimo vital en un grado significativo.*

*De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe contar cuando menos con los siguientes elementos: i) debe ser **cierta y no presunta**, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; ii) la participación económica debe ser **regular y periódica**, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacía el presunto beneficiario; iii) las contribuciones que configuran la dependencia deben ser **significativas**, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser **proporcionalmente representativas**, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia.*

Y recientemente en sentencia CSJ SL2445-2023 la Alta Corporación reseñó:

Deviene de la jurisprudencia anterior que en este tipo de eventos, el juzgador está obligado a analizar las circunstancias particulares, la relevancia de los aportes del fallecido en el gasto del hogar y la afectación de la economía común en la ausencia de aquel (CSJ SL386-2023), tal como ocurrió en el caso bajo estudio, en el que el Tribunal determinó que la actora no tenía derecho a la pensión que pretende, porque no acreditó las contribuciones hechas por su hijo y, además, quedó demostrada en el litigio su autonomía financiera.

Bajo estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, entra la Sala a verificar el material probatorio con el fin de determinar si los demandantes cumplen con los requisitos para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en calidad de padres supérstites del señor **Andrés Felipe Vanegas Puentes**, especialmente en lo atinente a la comprobación de la dependencia económica de aquellos respecto del causante.

- Declaración extra juicio rendida el 20 de agosto de 2019, ante la Notaría Única de Agua de Dios Cundinamarca (f.º 12 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital), por el señor JOSÉ GUSTAVO VANEGAS SÁNCHEZ, quien informó que convive con la señora OLGA PUENTES PITA, que son los padres de Andrés Felipe Vanegas Puentes quien falleció el 22 de diciembre de 2017, y que el aporte económico que este hacía al hogar era vital para garantizar su subsistencia.
- Declaración extra juicio rendida el 20 de agosto de 2019, ante la Notaría Única de Agua de Dios Cundinamarca (f.º 13 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital), por el señor Julio César Alfonso Valdés, residente de ese mismo municipio, quien manifestó que conoce a la pareja Vanegas-Puentes desde hacía 20 años, que le constaba que eran los padres del joven Andrés Felipe Vanegas Puentes quien falleció el 22 de diciembre de 2017; que este en vida era quien les ayudaba económicamente, pues la pareja no contaba con ingresos fijos que les permitiera garantizar un mínimo vital.
- Declaración extra juicio rendida el 20 de agosto de 2019, ante la Notaría Única de Agua de Dios Cundinamarca (f.º 14 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital), por el señor Hernando Varón Olivero, residente del municipio de Ricaurte, quien manifestó que conoce a la pareja Vanegas-Puentes desde hacía 20 años, que le constaba que eran los padres del joven Andrés Felipe Vanegas Puentes quien falleció el 22 de diciembre de 2017; que este en vida era quien les ayudaba económicamente, pues la pareja no contaba con ingresos fijos que les permitiera garantizar un mínimo vital.

Según el certificado de aportes en línea el causante cotizó como trabajador dependiente sobre un IBC de un SMMLV, entre el ciclo 2014-04 y 2017-12 (f.º 27-53 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital).

Del informe de investigación para pago de prestaciones económicas realizado por la empresa León y asociados entre el 25 de mayo y el 18 de junio de 2018 (f.º 100-102 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital), se extrae del resultado final, lo siguiente:

Núcleo Familiar: el Sr. Andrés Felipe Vanegas Puentes, a la fecha de su deceso era de estado civil soltero, sin unión marital de hecho vigente, no tuvo hijos. Convivía con sus padres el Sr. Jose Gustavo Vanegas Sanchez y la Sra. Olga Puentes Pita, quienes manifestaron depender económicamente del afiliado puesto que realizaba un aporte económico de \$300.000 pesos mensuales para "ayuda de alimentación y facturas".

Se establece que los padres del afiliado conviven en unión marital de hecho entre sí desde hace aproximadamente veinte y dos 22 años, sufragan sus gastos con la labor que realiza el Sr. José Gustavo Vanegas Sánchez, el cual realiza oficios varios en una finca en el sector de Agua de Dios, devengando un mínimo legal mensual vigente (737.717) pesos mensuales vigentes, la madre del afiliado es de ocupación ama de casa. Se determina que los reclamantes no perciben mesada pensional (se desconoce en régimen especial). Mediante consulta en la Ventanilla Única de Registro (VUR) y mediante consulta en el Registro Único Empresarial y Social (RUES), no se evidencia que los reclamantes reporten establecimientos de comercio y bienes inmuebles a su nombres.

Los padres del afiliado tuvieron dos hijos mas de nombres de Julian Camilo Vanegas Puentes y Leidy Johanna Vanegas Puentes de quienes indicaron no recibir ningun aporte economico.

Referencias: en entrevista con los Sres. Oscar Andrés Saldaña Díaz y José Antonio López Garzón (amigos del afiliado) en los celulares 3125745261 y 3142757617 respectivamente; la Sra. María Nora Vanegas Sánchez (tía del afiliado) en el celular 3164813501 y la Sra. María de los Ángeles Puentes Pita (tía del afiliado) en el celular 3213369445; confirmaron la información anterior.

El Sr. Carlos Bernal Villadiego, Representante legal de la empresa Mantenimiento Vial del alto magdalena S.A.S en el abonado telefónico (8)2512243 validó que el pago correspondiente a la labor del afiliado se realizó a favor de Olga Puentes Pita y Jose Gustavo Vanegas Sanchez en calidad de padres.

Afiliación a Salud: a través de la gestión se establece que el Sr. Andrés Felipe Vanegas Puentes reportaba afiliación a salud en la EPS Nueva EPS como cotizante dependiente, no registra beneficiarios con fecha de afiliación 01 de diciembre de 2016. Información suministrada por Angie González (asesora Nueva EPS) en el abonado telefónico (1)3077022.

- La Sra. Olga Puentes Pita (madre del afiliado) reportaba afiliación a salud en la EPS A.R.S Convida en el régimen subsidiado, con fecha de afiliación 15 de marzo de 2010.

- El Sr. Jose Gustavo Vanegas Sanchez (padre del afiliado) reportaba afiliación a salud en la EPS Famisanar como cotizante dependiente, con fecha de afiliación 01 de septiembre de 2017. Información suministrada por Paola Rodriguez (asesora EPS Famisanar) en el abonado telefónico (1)3078069

Clasificación: NEGATIVO

Analizados los documentos presentados, las consultas y validaciones practicadas, se concluye que la información del expediente es CONFIABLE y se puede establecer que no se encontró la existencia DE BENEFICIARIOS diferentes de los registrados en el presente informe.

Gestor: Leonardo Alcides Romero López

Revisor: Alejandra Benítez.

4

Igualmente, en audiencia celebrada el 06 de diciembre de 2021, se escuchó el interrogatorio de parte de los demandantes, empezando por la señora Olga Puentes Pita quien refirió no saber leer ni escribir; que es la compañera permanente de José Gustavo Vanegas Sánchez con quien procreó 3 hijos; que siempre ha sido ama de casa y su

pareja es el cuidador de una finca en la vereda Ibáñez en la cual viven, la que es de propiedad de un señor que se llama José que vive en Bogotá; que su hijo Andrés Felipe trabajaba en Mavimag barriendo vías; que él le ayudaba *«para el mercado, me ayudaba con lo de mi droga, con todo me ayudaba, prácticamente él era el único que me estaba ayudando»*; que en la actualidad el señor Vanegas estaba asumiendo todo lo del hogar, el mercado y los servicios; que ella pertenece al Sisbén y allí no le dan los medicamentos como las vitaminas y el tratamiento para la migraña que mensualmente le cuesta \$100.000 los que en ese momento estaba cubriendo su esposo, quien se gana un SMMLV; que su otro hijo tiene 24 años y le ayuda en las labores de la finca a su abuela en la vereda Puna, y su hija tiene 23 años y está dedicada al hogar, de ninguno de los dos recibe ayuda económica; que el causante devengaba un SMMLV del cual le daba \$150.000 para mercado y pago de servicios; que el único gasto que tienen es la alimentación de ella y de su pareja.

El señor José Gustavo Vanegas Sánchez informó que desde hacía 5 años, era el administrador de una finca en la vereda Ibáñez en el municipio Agua de Dios Cundinamarca; que allí vivía con su pareja y con el fallecido; que le pagan un SMMLV más prestaciones de ley por su labor; que convive con la señora Olga desde hacía 28 años; que procrearon 3 hijos, el mayor que falleció, el otro le ayudaba en la finca a la abuela sin remuneración y la hija se dedica al hogar; que ninguno de los dos hijos que le quedaban les ayudaban económicamente; que mensualmente sus gastos son el mercado, la medicina de Olga que valía entre 90 y 100 mil pesos, vestuario y el pago de un crédito; que su compañera está afiliada al Sisbén pero allí no le daban la medicina; que su patrón paga los servicios públicos de la finca, menos el gas que le cuesta la pipeta \$90.000; que el causante trabajaba hacía 3 años en la empresa Mavimag en las vías; que estaba afiliado a la AFP Porvenir S.A.; que le pagaban un SMMLV; que este vivía con ellos en la finca, pero que antes pagaban arriendo, que el *de cujus* colaboraba para el arriendo, los servicios, el mercado y la medicina de su mamá, el aporte mensual era entre \$300.000 y \$250.000; que entre los dos se ayudaban. Agregó que de Porvenir no lo visitaron para investigar sobre cómo vivían en la época en que Andrés Felipe falleció; que no tiene propiedades, ni animales propios; que antes del año 2013 (data en que el causante empezó a trabajar), laborada al jornal 3 o 4 días a la semana, que siempre a devengado mas o menos un SMMLV, y con eso sostenía a la familia.

También se recepcionaron los testimonios de Hernando Varón Olivero y Julio César Alfonso Valdés. El primero de ello refirió que conoce a los demandantes porque son pareja y eran sus vecinos en Agua de Dios desde hacía como 15 años, que tenían 3 hijos, Andrés, Camilo y Leidy; que la señora Olga se dedica al hogar, a la casa, y el señor Gustavo es administrador de una finca desde hacía 5 años; que antes cuidaba otra finca y también hacía limpieza en las vías; que el causante Andrés trabajaba en la empresa Mavimag haciendo aseo a las carreteras y vivía con sus padres; *«me consta que Andrés Felipe les colaboraba mucho para el hogar»* porque cuando le pagaban el *«traía su platica para los gastos de la casa»*; que vio en varias oportunidades cuando este le entregaba el dinero a su mamá, y que el *de cujus* le decía que le daba la mitad de lo que se ganaba; que al señor Gustavo le pagan un mínimo por su trabajo, pero que desde que falleció su hijo se han visto en dificultades económicas, que él les ha prestado plata para gastos; que los actores no son pensionados, tampoco tienen bienes ni animales.

El testigo Julio César Alfonso Valdés informó que, conoce a los actores hace aproximadamente 21 o 22 años, porque él es la pareja de una hermana de la señora Olga; que la señora Olga siempre ha sido ama de casa y el señor Gustavo cuando lo distinguió trabajaba al jornal al día; que en esa época pagaba arriendo en una casa en la vereda Puna; que tenían 3 hijos, Andrés, Camilo y Leidy; que Camilo vive con la abuelita y Leidy esta dedicada al hogar, no tiene trabajo; que Andrés se dedicaba al mantenimiento de vías; que allí trabajo como 3 años devengando un SMMLV; que Gustavo cuida una finca y le pagan un SMMLV y esa es su única fuente de ingreso; que los gastos de la pareja eran la alimentación, el gas, el vestuario, entre otras cosas; que le consta que Andrés de lo que devengaba colaboraba mucho para el hogar y desde su fallecimiento la situación económica de sus padres cambió; que incluso él (testigo), les ha facilitado dinero porque la escenario es difícil. Agregó que, desde que conoce a los accionantes, el señor Gustavo siempre ha respondido por la familia, así sea trabajando al jornal; que su salario nunca ha sido superior al SMMLV; que le consta que el fallecido *«entregaba el dinero para colaborar para la casa, para pues la manutención de él y también ayuda de los de los papás»*; que el aporte era entre \$200.000 y \$300.000 según le contaba su pareja; que los gastos del *de cujus* eran los de la ayuda en el hogar y los personales.

De las pruebas referidas se evidencia que la señora Olga Puentes Pita nunca ha sido autosuficiente económicamente, por cuanto siempre fue y es ama de casa, por ende, no posee ingresos de ninguna índole, ni bienes inmuebles o muebles y mucho menos tiene estatus de pensionada; por su parte el señor José Gustavo Vanegas Sánchez solo cuenta con el ingreso de un SMMLV producto de su trabajo como empleado administrador de una finca, labor que venía ejerciendo desde hacía 5 años, esto era desde el año 2016.

Igualmente se encuentra probado que, el causante desde abril de 2014, y hasta su deceso laboró para la empresa Mantenimiento Vial del Alto Magdalena, quien le aportó al sistema de seguridad social integral con un IBC de un SMMLV, sumado a que tanto sus padres como los testigos afirmaron que su salario correspondía a un SMMLV; que siempre vivió con sus padres, que antes de 2016, pagaban arriendo y con posterioridad a esa data se pasaron a vivir a la finca que cuidaba su padre, donde no pagan arriendo ni servicios públicos, solo la pipeta de gas.

Además, en el informe de investigación para pago de prestaciones económicas realizado por la empresa León y asociados entre el 25 de mayo y el 18 de junio de 2018, se determinó que el *de cujus* aportaba a su hogar mensualmente la suma de \$300.000, lo que fue corroborado según ese documento con las entrevistas realizadas vía telefónica a los señores Oscar Andrés Saldaña Díaz y José Antonio López amigos del finado, y María Nora Vanegas Sánchez y María de los Ángeles Puentes Pita tías del fallecido.

Adicionalmente, los actores al absolver el interrogatorio de parte informaron que desde que su hijo Andrés Felipe empezó a trabajar hacía 3 años les ayudaba económicamente con un aporte mensual entre \$250.000 o \$300.000 que utilizaban para solventar los gastos del hogar, tales como arriendo, alimentación, servicios públicos, medicamentos, vestuario, entre muchas otras necesidades que tiene el ser humano por naturaleza,; aporte del cual dan fe los testigos quienes conocen la familia Vanegas Puentes desde hacía más de 15 años, quienes afirmaron que les consta que el causante ayudaba a sus padres con la manutención del hogar; incluso el testigo Hernando Varón Olivero sostuvo haber visto directamente cuando Andrés le entregaba el dinero a su

mamá y que fue el mismo causante quien le dijo que les ayudaba a sus padres con la mitad de su salario.

Recuérdese que, el SMMLV para el año 2017 ascendía a \$737.717 suma que percibía el causante y de la cual destinaba entre el 35% o 40% para ayudar a sus padres con los gastos del hogar, la cual conforme las pruebas traídas al plenario, resulta ser cierta, periódica, y significativa. Lo anterior, por cuanto si bien el padre del *de cujus* desde el 2016, también percibía un SMMLV, no pagaba arriendo, ni servicios públicos excepto la pipeta de gas, lo cierto es que el aporte económico del causante realizado desde 3 años atrás servía como sustento para mantener una vida en condiciones dignas respecto de sus padres, pues el único ingreso del señor Gustavo no le permitía la independencia financiera para satisfacer sus necesidades básicas y las de su compañera permanente.

Y es que no puede pensarse como lo dice el apoderado de la demandada, que un SMMLV es suficiente para que dos personas, los accionantes, se alimenten, pues la vida de estos no gira entorno solo a la comida, también se enferman y necesitan desplazarse al médico, comprar medicinas, requieren recreación, vestuario, elementos de aseo personal, vivienda, artículos para el hogar, en fin, una serie de bienes y servicios que les permita vivir dignamente, los cuales para el momento en que falleció el afiliado 22 de diciembre de 2017, eran solventados con el salario del señor Gustavo y el aporte mensual de \$250.000 o \$300.000 que realizaba el *de cujus*, el que era bastante significativo teniendo en cuenta que correspondía al 35% o 40% de un SMMLV.

Ahora bien, el hecho de que el ingreso del hogar provenga del padre del fallecido, el cual corresponde a un SMMLV, no desvirtúa la subordinación económica de los accionantes frente a su hijo Andrés Felipe, toda vez que el hecho de que existan otras contribuciones, rentas o ingresos adicionales a los proporcionados por el *de cujus* no convierte a sus progenitores en autosuficientes, es decir, no excluye *per se* su derecho a obtener una pensión de sobrevivientes, pues la única condición que debe cumplirse es que los demás ingresos no sean suficientes para garantizar su supervivencia y la del núcleo familiar en condiciones mínimas y decorosas, condición que en este caso se cumple, como quiera que la ayuda del causante contribuía a esa calidad de vida, y desde que este falleció los recursos económicos se vieron disminuidos drásticamente, al punto

que sus amigos, los testigos, se han visto obligados a prestarles dinero para asumir dichos gastos del hogar.

En este punto cabe agregar que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha determinado que la dependencia económica no implica la imposibilidad de que un progenitor supérstite desarrolle alguna actividad por cuenta propia, pues lo que realmente se exige es la comprobación de que sin el apoyo económico de su hijo, el padre o madre sobreviviente no tenga la capacidad de garantizar su subsistencia en condiciones dignas. En consecuencia, considera esta Sala que, en este puntual asunto, sí se probó por parte de los demandantes, que el causante hacía parte de su misma unidad familiar, y que su aporte era necesario para mantener una vida en condiciones dignas para sus padres, por ende, había una dependencia económica de estos respecto del *de cujus*.

Dilucidado lo anterior, se concluye que los medios de prueba obrantes en el expediente resultan suficientes para probar el supuesto de hecho previsto en los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993, esto es, la calidad de padres dependientes del afiliado fallecido. Por ello, se confirmará la decisión de primera instancia en lo relacionado con el reconocimiento del derecho pensional en favor de los actores.

Frente al monto de la prestación, tal como lo determinó la juez de instancia, este debe ascender a la suma de un SMMLV, dado que el IBC con que aportaba el causante equivalía a esa suma, y por disposición constitucional en este país ninguna pensión puede ser inferior a ese mínimo, razón por la cual también habrá de confirmarse la decisión en ese sentido.

De otro lado, en relación con los intereses contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sabido es que se generan no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago, sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no han comenzado a pagar las mesadas correspondientes (sentencia CSJ, 31 mar 2009, rad. 33161). Esto siempre y cuando no exista justificación para el retardo, pues si es patente tal, debe exonerarse a la entidad de estos (CSJ SL704-2013).

Igualmente, importa poner de presente lo indicado por el mismo órgano cúspide, en el sentido de que para determinar la procedencia de dicho gravamen debe analizarse la conducta de la administradora en el retardo o negación del reconocimiento o pago de la pensión, ya que, **en el evento de demostrarse que su proceder tiene sustento normativo debe exonerársele de los intereses de mora**. Así se dijo en la sentencia CSJ SL704-2013, entre otras.

En el presente caso, no existieron razones jurídicamente válidas para que PORVENIR S.A. negara el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los demandantes aduciendo que no dependían económicamente del causante, pues se demostró que dicho requisito no tenía que ser total y absoluto, que debía ser real, constante y significativo y que el percibir ingresos propios o de terceros no la desvirtuaba, criterios que fueron establecidos por la Sala de Casación Laboral en las sentencias atrás mencionadas y por la Corte Constitucional desde la sentencia C-111 de 2006 que declaró inexecutable la expresión “*de forma total y absoluta*”. El anterior criterio de imposición de intereses moratorios fue reiterado en la sentencia CSJ SL1982-2020.

En ese sentido, los intereses moratorios se causan una vez vencido el plazo de dos meses después de presentada la reclamación para el reconocimiento de la prestación, conforme al término que concede el artículo 1 de la Ley 717 de 2001. En el sub judice, la reclamación elevada por los demandantes fue radicada el 14 de marzo de 2018, por tanto, se condenará a PORVENIR S.A. al pago de los réditos moratorios desde el 15 de mayo de igual año, hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas adeudadas, tal como lo concluyó el juez de instancia, debiéndose entonces confirmar la decisión en este sentido.

COSTAS

Costas de esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., por ser la vencida en juicio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

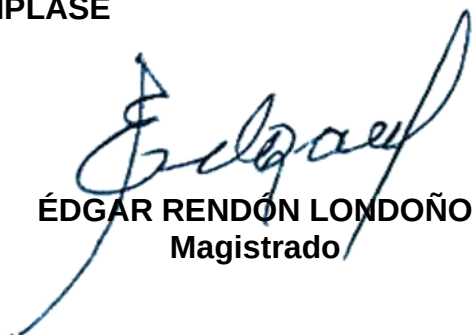
En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes en la sentencia apelada proferida por el Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo la AFP Porvenir 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 la AFP Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000.



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	110013105038201900844-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA GLORIA QUINTERO MONTOYA
DEMANDANDO	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.
TERCERA AD EXCLUDENDUM	MARÍA CONSEJO MORENO GUTIÉRREZ

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **María Gloria Quintero Montoya**, se declare que la AFP Protección S.A. debe reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes a partir del 1 de marzo de 2019, correspondiente al 100 % en calidad de compañera permanente del causante Noé García Castro quien fue afiliado y reconocido como pensionado por invalidez hasta la fecha de su fallecimiento 27 de noviembre de 2017. En consecuencia, se condene a la demandada a los reajustes pensionales ordenados por las leyes 4 de 1976, 71 de 1988 y Ley 100 de 1993; se reconozcan los intereses moratorios de que

trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, el pago de costas y agencias en derecho, y lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 2 a 3, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 3, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), señaló que se conoció con el causante Noé García Castro en Cartagena del Chairá— Caquetá en el año 1986; que a partir de dicho momento se fueron a convivir como pareja de manera permanente y continuaron conviviendo bajo el mismo techo, compartiendo lecho y mesa hasta el día de su fallecimiento; que juntos procrearon 3 hijas, todas mayores de edad.

Narró que, en el año 1997, a raíz de los problemas de violencia y orden público en el Municipio donde residían, decidieron viajar a la ciudad de Bogotá, donde convivieron inicialmente en el barrio Engativá y luego, en el año 2007, se trasladaron a la calle 65 sur No. 102-40, casa No. 81, del barrio Recreo – Bosa, lugar donde vivieron hasta el día del fallecimiento del pensionado; señaló que, el señor Noé García Castro laboró en varias empresas de vigilancia donde cotizó para su pensión; que dependía económicamente de él, por cuanto ella se dedicaba a las labores del hogar.

Indicó que, mediante comunicación proferida por el director de entrega de servicios de Protección S.A. de fecha 5 de junio de 2017, se realizó el reconocimiento de la pensión de invalidez por pérdida de capacidad laboral del 63.2 % al señor Noé García Castro, con una mesada pensional de \$737.717, y 13 mesadas al año; que una vez falleció el señor García Castro, procedió a reclamar ante la AFP demandada la pensión en calidad de compañera permanente, siendo reconocida la prestación a partir del 1 de diciembre de 2017, por valor de \$781.242, en 13 mesadas al año con su correspondiente retroactivo, que le fue pagado en el mes de febrero de 2019.

Por último, adujo que el pago de la prestación le fue suspendida el 18 de marzo de 2019, por haberse presentado ante la entidad otra beneficiaria reclamando la pensión, por lo que la AFP ordenó acudir ante la jurisdicción ordinaria para dirimir la controversia.

Mediante providencia del 2 de julio de 2022, el Juez ordenó vincular a la señora María Consejo Moreno Gutiérrez en calidad de litis consorte necesaria (archivo 09, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA Y VINCULADA

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda (carpeta 04, carpeta 1 instancia, exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la misma, en cuanto a los hechos acepto el reconocimiento pensional por invalidez que se le otorgó al causante, la petición formulada por la accionante ante la entidad, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante y la suspensión de su pago en el mes de febrero de 2019, al existir controversia con la señora María Consejo Moreno Gutiérrez; respecto de los demás hecho dijo no constarle.

En su defensa, propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, inexistencia de intereses moratorios, prescripción y la innominada o genérica.

De otro lado, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** presentó **demanda de reconvención** en contra de la demandante (carpeta 04, carpeta 1 instancia, exp. Digital), en la que solicitó, se declarará que la señora María Gloria Quintero Montoya no convivió con el pensionado fallecido al menos 5 años con antelación a su deceso, que no tiene derecho a la pensión de sobrevivencia, que la accionante indujo en error a la entidad en reconocerle y pagarle la pensión y se declarará la nulidad del oficio de reconocimiento. En consecuencia, se condenará a la señora Quintero Montoya a reintegrar los valores pagados por la entidad como retroactivo pensional desde diciembre de 2017, hasta el mes de febrero de 2019, que dichos valores fueran debidamente indexados y el pago de costas, agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones, señaló que reconoció al afiliado Noé García Castro, mediante oficio del 15 de junio de 2017, pensión de invalidez con una mesada de \$737.717 a partir del 8 de febrero de 2016; que el afiliado falleció el 27 de

noviembre de 2017; que el día 24 de abril de 2018, se presentó a reclamar la pensión de sobrevivientes la señora María Gloria Quintero Montoya en calidad de compañera permanente; que en su reclamación adujo haber convivido con el pensionado al momento de su muerte y por un espacio de 31 años.

Agregó que, la entidad CONSULTANDO S.A.S. realizó investigación de convivencia de la demandante con el pensionado para Protección S.A.; que mediante informe rendido el 13 de junio de 2018, dicha entidad indicó:

Al respecto, tanto familiares, como vencimos del afiliado, aseguran que el señor GARCIA, convivió (sic) la señora GLORIA, por espacio de 30 años y que nunca estuvieron separados, de cuya relación procrearon tres hijas. Nadie comenta de hijos fuera del hogar.

Pero en cuanto a la estadía de la señora MARIA (sic) GLORIA, en el municipio de TULCÁN, la hija del afiliado manifiesta que solo iba por razones de comercio, dice que solo duraba unos días en TULCÁN y otros en BOGOTÁ.

Sin embargo, si observamos los diferentes documentos obtenidos con la cédula del señor GARCÍA, se establece que ni en salud (EPS SURA), ni en caja de compensación (COMPENSAR), tuvo reportada a la señora MARÍA GLORIA.

La señora MARÍA GLORIA, por su parte ha estado vinculada al régimen subsidiado en la EPS MALLAMAS, del municipio de CUMBAL (Nariño), desde el año 2015, también figura con puntaje de SISBEN, censada en BOGOTÁ en el año 2010, mientras que el señor GARCIA (sic), nunca fue censada, es decir que no fue incluido dentro del grupo familiar de la señora MARÍA GLORIA.

Adicionalmente en el certificado de libertad del predio de propiedad de la reclamante, tampoco fue incluido el señor GARCÍA cuando se declaró patrimonio familiar.

Por lo anterior, queda en duda la convivencia de la pareja al momento del deceso del afiliado, por lo que consideramos importante la información que contenga los documentos laborales del señor GARCÍA.

Por lo anterior, sugerimos de manera respetuosa a PROTECCIÓN S.A., ampliar los términos para la entrega del informe final. (Subrayado por Protección S.A.).

Refirió que, de acuerdo con el anterior informe, permitía evidenciar la existencia de dudas sobre la real convivencia de la demandante con el pensionado antes de su fallecimiento; que a pesar de ello, ante un acto de buena fe, le reconoció la pensión de sobrevivencia a la señora María Quintero; que posteriormente, se presentó a reclamar la

señora María Consejo Moreno Gutiérrez con registro civil de matrimonio católico con el causante el día 29 de septiembre de 1984.

Añadió que, la empresa CONSULTANDO S.A.S. procedió a realizar la investigación administrativa, entregando el respectivo informe el día 28 de febrero de 2019, en donde se indicó que la señora María Consejo Moreno Gutiérrez había convivido con el afiliado fallecido entre el año 1979, hasta el año 1997, con quien había procreado 6 hijos, siendo abandonada por él, igualmente había manifestado que el señor Noé en los últimos 5 años había vivido en la ciudad de Bogotá en el barrio Bosa Recreo con su hija Marly y que la señora con la que antes vivía lo había dejado por otro; que la hija del causante Alba Doris García Moreno había dicho que su padre para la fecha del deceso era soltero y se encontraba viviendo en compañía de su hija en la ciudad de Bogotá; por otro lado, su hija Diana Yudary García Moreno había manifestado en la investigación que su padre llevaba mucho tiempo separado de la demandante y que en los últimos 4 años de vida ya no vivía con ella.

La **demandante dio contestación a la demanda de reconvención** (carpeta 05, carpeta 1 instancia, exp. Digital) oponiéndose a la misma, en cuanto a los hechos aceptó reconocimiento pensional a favor del causante y de ella, así como la suspensión de la mesada pensional, también aceptó que el causante durante los últimos días de su fallecimiento vivió en el barrio Bosa Recreo de la ciudad de Bogotá con su hija Marly García Quintero, asegurando que también convivía con ellos; frente a los demás hechos, dijo no ser ciertos y no constarle. Como medio de defensa, propuso la excepción de cobro de lo no debido.

La señora **MARÍA CONSEJO MORENO GUTIÉRREZ** contestó la demanda oponiéndose a la misma, en su lugar, solicitó se declarará a ella como beneficiaria de la pensión reclamada y le fueran reconocidos los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como la indexación de las mesadas a su favor, las costas y agencias en derecho, y lo que resultará ultra y extra petita.

Frente a los hechos, aceptó el lugar en donde la demandante se conoció con el causante; que era cierto que para el año 1997, el señor Noé García Castro se vino a vivir a la ciudad de Bogotá, pero desconocía las razones, agregando que no era cierto que el señor García Castro y la señora María Gloria Quintero Montoya hubiera convivido juntos hasta el año 2017, ya que para el año 2009, la pareja se fue a vivir al barrio Bosa Recreo de la ciudad de Bogotá, y posteriormente, la demandante lo abandonó y se fue a vivir a otra ciudad; que de hecho en el último año la hija del causante Marly Aneth García Quintero se había ido a vivir con él para acompañarlo y cuidarlo; admitió también el lugar en donde laboró el señor Noé García, el reconocimiento a la pensión de invalidez que le otorgó Protección S.A. y el reconocimiento pensional que se hizo a favor de la actora.

Como excepciones de fondo, propuso, inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de causa y título para pedir y cobro de lo no debido.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de junio de 2022 (archivo 22, carpeta 1 instancia, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por MARÍA GLORIA QUINTERO MONTOYA, así como respecto de las pretensiones incoadas por la señora MARÍA CONSEJO MORENO GUTIÉRREZ; por lo señalado en la parte motiva de la presente en sentencia.

SEGUNDO: En el marco de la demanda de reconvención, ORDENAR a la señora MARÍA GLORIA QUINTERO MONTOYA, que reembolse con destino a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. los valores percibidos a título de mesadas pensionales derivadas de pensión de sobrevivientes, en la forma reseñada en la parte motiva de la presente sentencia, valores que deberán ser indexados, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la fórmula, índice final sobre índice inicial por valor histórico, que corresponde al valor del retroactivo de mesadas pensionales y de las mesadas pensionales que mes a mes fueron sufragadas, igual a valor indexado. Debiéndose tomar, en ese escenario, como índice inicial el de la fecha en que se verificó el pago desde cada rubro a la demandante y como índice final el de la fecha en que se efectúe el reembolso correspondiente. Lo anterior, se reitera, en las específicas condiciones señaladas en la parte motiva, particularmente en el punto a la alternativa que debe garantizarle la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. a la señora MARÍA GLORIA QUINTERO MONTOYA, de hacer pagos por instalamentos en las mismas condiciones en las que fueron recibidos.

TERCERO: EXCEPCIONES *Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas, en el marco de la demanda de principal y DECLARA no probadas las propuestas, en el marco de la demanda de reconvención.*

CUARTO: SIN COSTAS *en la instancia.*

Como **fundamento a su decisión**, hizo relación a las pruebas recaudadas dentro del plenario, adujo que declararon ante el Juzgado la señora María Gloria Quintero Montoya, María Cristina Rativa, Martha Isabel Reyes Uriza, Nelson Armando lozano Leyton y Marly Aneth García Quintero, quienes en términos generales habían relatado que efectivamente la pareja había convivido durante más de 30 años, parte de dicho tiempo en la localidad de Bosa de la ciudad de Bogotá, hasta el momento del fallecimiento; que asimismo, los testigos habían sido consistentes en indicar que la demandante se ausentaba por temporadas debido a que realizaba actividades alusivas al comercio en el Departamento de Nariño, que en el mismo hogar residía la hija del causante la señora Marly Aneth García Quintero.

Sostuvo que, si bien se había dicho que la actora había convivido con el causante hasta el momento del fallecimiento, con la declaración rendida por Marly Aneth García Quintero se habían encontrado ciertas inconsistencias que generaban dudas respecto de los términos de convivencia en los últimos años de vida con el causante, pues inicialmente se había indicado que la demandante residía de manera permanente en Bogotá y que se desplazaba esporádicamente a Nariño, después se dijo que cuando venía a Bogotá se quedaba en la casa, lo que permitía entender que no era esta la ciudad donde realmente vivía, sino que lo era en Nariño en donde se encontraba afiliada al sistema de seguridad social en salud en el régimen subsidiado desde el año 2015.

Precisó que, si bien era cierto que las tres primeras personas que declararon habían sido sólidas en indicar la condición de compañeros permanentes entre la demandante y el causante, llamaba la atención las demás pruebas recaudadas dentro del informativo, como las declaraciones rendidas por las hijas del señor Noé García, esto es, las señoras Marly Aneth García Quintero y Alba Doris García Moreno; por su parte la señora Marly Aneth había señalado que su mamá se había desplazado al Departamento de Nariño a cuidar a una de sus hermanas cuando tuvo a su hijo; que al

ser indagada sobre la temporalidad de esa actividad había sido dubitativa y evasiva a los cuestionamientos realizados por el despacho. En ese sentido consideró el Juez que de lo recaudado se podía determinar que la convivencia entre la señora María Quintero y el pensionado fallecido, había sido hasta el año 2015, bajo tales motivos no se acreditaba el requisito mínimo de convivencia.

En cuanto a la señora María Consejo Moreno Gutiérrez, refirió que si bien era cierto que para el momento del fallecimiento del causante ostentaba la condición de cónyuge supérstite, era su deber también acreditar que la convivencia con el pensionado había sido permanente hasta el momento de su deceso, frente a lo cual se tenía que la separación de la pareja se había dado entre los años 1990 a 1994, por lo cual no se había acreditado el derecho a la pensión reclamada.

Finalmente, en cuanto a la demanda de reconvención formulada por la AFP Protección S.A. respecto de la señora María Gloria Quintero Montoya, indicó que, se encontraba acreditado que se le había reconocido inicialmente la pensión de sobrevivientes; en consecuencia, los pagos efectuados resultaban irregulares y, por lo tanto, afectaban los recursos del sistema general de pensiones, en ese sentido correspondía a la demandante reembolsar los valores pagados debidamente indexados.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación a fin de que fuera revocada la sentencia en todo su contenido tanto en la decisión tomada frente a la demanda como respecto a la demanda de reconvención, por cuanto considera que no se encuentra ajustada a derecho, ya que el acervo probatorio indica lo contrario, y demuestra que las pretensiones están debidamente sustentadas en forma coherente y contundente respecto de la convivencia con el causante previo a su fallecimiento, incluso existía declaración extraprocesal efectuada por el señor Noé García Castro ante Notario público el día 15 de junio de 2016, en donde ratificó y certificó sobre la convivencia de la unión marital.

Arguyó que, el hecho de que se hubiera afiliado en el SISBEN en otro Municipio no demostraba que no hubiere convivido con el causante, y de otro lado, no se había tenido en cuenta el seguro exequial que había adquirido el causante con Mapfre don meses antes de su deceso y donde la había afiliado como su cónyuge.

La señora **María Consejo Moreno** también interpuso recurso de apelación solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes bajo la normatividad vigente que la rodea y a los pronunciamientos de las altas Cortes, en especial a lo señalado en la sentencia SL5220-2018, en donde se hace un estudio sobre el asunto, enseñando que cuando no existe una convivencia, pero continúa la sociedad conyugal vigente, la cónyuge debe demostrar una convivencia con el causante de al menos 5 años en cualquier tiempo, término que se encuentra acreditado en esta oportunidad, como lo demuestran las pruebas recaudadas y con la investigación que aportó Protección S.A., lo cual no fue tachado de falso y sirvió como fundamento para la sentencia, investigación en donde se le realizó una entrevista a la señora María Consejo quien indicó que la convivencia se llevó a cabo hasta el año 1997, cuando su cónyuge la abandonó.

Resaltó que, el fin de las altas Cortes al expedir estas sentencias era para proteger a las madres cabeza de familia, quienes se han visto afectadas por el abandono de sus esposos, tal y como sucedió en este caso y como lo corroboraron los testigos, quienes dijeron que cuando fue abandonada la señora María Consejo por parte del señor Noé García, dejó de aportar económicamente para el sustento de sus hijos y no volvió a saber nada de él, quedando ella a cargo de sus 6 hijos quienes para entonces eran menores de edad; por lo tanto, solicita se tenga en cuenta estos postulados; que si es del caso se acepte como prueba el interrogatorio de parte de la señora María Consejo, ya que no fue tenido en cuenta en primera instancia, al existir duda acerca de la convivencia, abandono que sufrió y la relación que tuvo con el causante.

CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá los recursos interpuestos por la demandante y por la señora María Consejo Moreno Gutiérrez, quien fue vinculada como litis consorte necesario, en estricto sentido a lo que fue materia de alzada, acorde con las inconformidades planteadas por las apelantes.

Previo a plantear el problema jurídico correspondiente, resulta necesario efectuar la siguiente aclaración, se tiene que el Juez de primera instancia vinculó como litis consorte necesario a la señora María Consejo Moreno Gutiérrez en su calidad de cónyuge supérstite del causante; no obstante, la vinculación adecuada conforme lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es la de interviniente ad excludendum, figura establecida en el artículo 63 del Código General del Proceso, dado que persigue el derecho que se encuentra en discusión CSJ SL997-2021.

Empero, a pesar de que no hubiese sido vinculada de la manera adecuada, ha dicho también la Corte que debe entenderse que lo fue como tercera ad excludendum CSJ SL16855-2015, en el caso de marras se tiene que la señora María Consejo al oponerse a las pretensiones formuladas por la demandante, solicitó fuera declarada ella como beneficiaria de la pensión reclamada.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala de decisión a determinar lo siguiente: **i)** si las señoras María Gloria Quintero Montoya en calidad de compañera permanente y María Consejo Moreno Gutiérrez en calidad de cónyuge supérstite del señor Noé García Castro acreditaron los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes; **ii)** en caso de acreditarse el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho pensional reclamado, se verificará fecha de causación de la prestación, monto de la mesada pensional y retroactivo; **iii)** se analizará si procede

el reconocimiento de intereses moratorios e indexación; **iv)** e igualmente, se examinará si operó o no el fenómeno prescriptivo; y **v)** finalmente, si hay lugar a la devolución del retroactivo pensional por parte de la demandante a la AFP accionada, por no tener derecho al reconocimiento pensional

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Noé García Castro falleció el 27 de noviembre de 2017 (f° 67, archivo 01, exp. Digital); **ii)** que entre el causante y la señora María Gloria Quintero procrearon 3 hijos de nombres Marly Aneth, Yury Shirley y Katherine García Quintero, todas mayores de edad; **iii)** que la AFP Protección S.A. mediante oficio del 15 de junio de 2017, le reconoció al señor Noé García Castro pensión de invalidez al haber acreditado una pérdida de capacidad laboral del 63,2 %, con fecha estructuración 2 de agosto de 2016, a partir del 8 de febrero de 2016; **iv)** que la entidad demandada le reconoció a la señora María Gloria Quintero la pensión de sobrevivientes a partir del 1 de diciembre de 2017, mediante oficio del 28 de junio de 2018, con una mesada pensional de \$781.242, en 13 mesadas al año, así como un retroactivo por valor de \$5.425.169; **v)** que la señora María Consejo Moreno Gutiérrez y el causante contrajeron matrimonio el 29 de septiembre de 1984, sociedad conyugal que se mantuvo vigente (f° 15 y 16, carpeta 13, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por referir que, tratándose del estudio del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente a la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado, que para el caso concreto ocurrió el 27 de noviembre de 2017, de manera que la disposición que en principio gobierna tal situación pensional, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que puntualmente establece:

*ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.
Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, (Negrilla fuera del texto original).

(...)

Dado que no es un hecho debatible que el causante ostentaba la calidad de pensionado desde el 15 de junio de 2017, surge palmario que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

En cuanto a los beneficiarios de la pensión bajo análisis, tenemos que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala lo siguiente respecto de la compañera o compañero permanente supérstite:

ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

*a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. **En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;***

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado condicionalmente exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que «además de la esposa

o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido».

Como se observa, las disposiciones precitadas establecen como requisito para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la **compañera permanente** de un pensionado, la acreditación de **una convivencia real y efectiva de no menos de cinco (5) años ininterrumpidos anteriores a la fecha del deceso**, cuestión que ha sido ratificada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en numerosas sentencias, entre ellas, CSJ SL4340-2022, CSJ SL 2768-2022 y CSJ SL 476-2022.

Respecto de la **cónyuge** que a pesar de haberse separado de hecho **mantiene su vínculo matrimonial vigente**, podrá acceder al derecho pensional, siempre y cuando haya demostrado una **convivencia no inferior a 5 años en cualquier tiempo**, tal y como se recordó por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2257-2022, en la que dijo:

Sobre el particular ha enseñado la Sala que el cónyuge separado (a) de hecho del causante, pero con vínculo matrimonial vigente, no tiene como carga demostrar la continuidad de los lazos familiares y afectivos, dado que no constituye esta circunstancia una exigencia legal prevista en el inciso 3.º del literal b) antes transcrito. Así lo han previsto, entre otras decisiones, las sentencias CSJ SL966-2021 y CSJ SL359-2021, que reiteran distintos fallos, entre ellos varios anteriores a la fecha de la decisión confutada, por lo cual hacían ya parte de los supuestos jurídicos que debían acompañar la sentencia:

En ese orden de ideas, la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio no es óbice para acceder a la pensión de sobreviviente, más si se tiene en cuenta, que la norma acusada no dispone tal exigencia.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el Tribunal restringió el alcance de la norma analizada al concluir que la demandante no acreditó que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de vínculo afectivo del cual se coligiera la permanencia de lazos familiares luego de la separación de hecho, en razón a que tal requisito no lo contempla la disposición en referencia.

Por tanto, el ad quem incurrió en el error que se le endilga, pues el correcto alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, corresponde a que el consorte con vínculo conyugal vigente, aun separado de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier

época con el causante afiliado o pensionado, tal como lo ha reiterado esta Sala en múltiples providencias, entre otras, en sentencias CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019.

Ahora, respecto de la demostración de la convivencia, la alta Corporación de cierre de la jurisdicción Ordinaria Laboral, en sentencia CSJ SL913-2023, recordó que entre el fallecido y el compañero o compañera debe forjarse una comunidad de vida estable y permanente, en cohabitación y con la firme intención de conformar una familia y un hogar, señalando:

Al respecto, esta corporación ha considerado de antaño que la convivencia constituye un elemento fundamental para la configuración del derecho pensional, entendiendo por este concepto como:

[...] aquella comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real y afectiva durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605, reiterada en CSJ SL1399-2018).

De manera que la convivencia entraña una comunidad de vida estable, donde aflora el apoyo espiritual y físico, el afecto, socorro, ayuda y respeto mutuo, guiado por un destino común; lo cual descarta relaciones furtivas, casuales o esporádicas, y también aquellas que, pese a resultar prolongadas, no comportan realmente una comunidad de vida.

Frente a la convivencia, como presupuesto necesario para acceder a la pensión de sobrevivientes, en decisión CSJ, 12 dic. 2007, rad. 31569, se recordó su importancia a lo largo de las diferentes normativas que han regulado ese derecho, así:

La hermenéutica del Tribunal, atacada por el impugnante, corresponde a la jurisprudencia de esta Corte, que en reiteradas decisiones ha explicado que la pensión de sobrevivientes tiene un incuestionable soporte teleológico: la protección de la familia. Y familia no es forma, sino substancia. No es apariencia o virtualidad, sino realidad. Por ello, el legislador ha privilegiado al cónyuge o compañera(o) supérstite que integra verdaderamente el núcleo familiar del fallecido, cuando aquel pretende disfrutar de esta prestación. Así lo hizo con relación a las viudas desde la Ley 33 de 1973, cuando esta normativa consagró el carácter vitalicio del derecho de sustitución pensional (hasta ese momento era de 5 años). A esa prestación podía acceder, sin embargo, si la beneficiaria demostraba que ella y su consorte vivían “unidos en la época del fallecimiento del marido”, a menos que en caso de ruptura de la convivencia acreditara el abandono injustificado del hogar por parte de su esposo, o que éste hubiere

“impedido su acercamiento o compañía”. El disfrute perpetuo se supeditaba a la permanencia en ese estado de viudez y a que no se le comprobara “amancebamiento público”, según las voces del Decreto Reglamentario 690 de 1974. La convivencia también fue requisito en la Ley 12 de 1975 e igualmente en la Ley 44 de 1980, aun cuando estableció una presunción del estado de avenencia a favor de la cónyuge para “facilitar el traspaso” de la pensión. Extendida la prestación a los viudos y compañeros, también se exigió la unidad de la pareja en el Decreto 1160 de 1989, reglamentario de la Ley 71 de 1988.

En cuanto a la Ley 100 de 1993, en sentencia del 10 de mayo de 2005 (radicación 24445) tuvo oportunidad la Sala de Casación Laboral de explicar los alcances de la finalidad de la pensión de sobrevivientes. Así se pronunció la Corte:

“El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 al establecer que el cónyuge o compañero permanente supérstite son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los equipara en razón a la condición que les es común para ser beneficiarios: ser miembros del grupo familiar. No significa ello que se desconozca la trascendencia de la formalización del vínculo en otros ámbitos, como para la filiación en el derecho de familia, o para quien lo asume como deber religioso por su valor sacramental, sino que se trata de darle una justa estimación a la vivencia familiar dentro de las instituciones de la seguridad social, en especial la de la pensión de sobrevivientes, que como expresión de solidaridad social no difiere en lo esencial del socorro a las viudas y los huérfanos ante las carencias surgidas por la muerte del esposo y padre; es obvio que el amparo que ha motivado, desde siglos atrás, estas que fueron una de las primeras manifestaciones de la seguridad social, es la protección del grupo familiar que en razón de la muerte de su esposo o padre, o hijo, hubiesen perdido su apoyo y sostén cotidiano, pero no para quien esa muerte no es causa de necesidad, por tratarse de la titularidad formal de cónyuge vaciada de asistencia mutua.

“La preponderancia del elemento formal en la constitución de la familia, como mecanismo concebido por el legislador de siglos anteriores para proteger la unidad familiar, por fuerza de la evolución social, ha venido cediendo espacio a favor del concepto de familia forjado en la realidad de la solidaridad cotidiana. Primero en el ámbito de la seguridad social, el artículo 55 de la Ley 90 de 1946 mandaba tener por viuda a la mujer [incluso a las mujeres] con quien el asegurado haya hecho vida marital; luego en el campo del derecho civil, la ley 54 de 1990 protege a familia constituida por la comunidad de vida permanente y singular; y en 1991, el artículo 42 del ordenamiento superior extiende el reconocimiento constitucional a la familia que se integre bajo “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla”.

“En este contexto, en el que, como ya se advirtió, es la efectiva convivencia al momento de la muerte la que viene a legitimar el derecho de los beneficiarios para acceder a la pensión de sobrevivientes, ha de interpretarse, de otra parte, el artículo 7º del decreto 1889 de 1994 cuando, en el aparte no declarado nulo por el Consejo de Estado, establece que “para los efectos de los literales a) de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993 y 49 del decreto 1295 de 1994, tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, en primer término, el cónyuge. A falta de éste, el compañero o compañera permanente” (subraya la Sala), vale decir, que se entiende que “falta” el cónyuge cuando éste no cumple con el referido requisito de la convivencia o vida marital con el causante

por el tiempo a que alude la norma. Ello por cuanto, se repite, el derecho a la pensión no se tiene en razón de un vínculo matrimonial, sino en razón de la real convivencia”.

*En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la pensión de sobrevivientes propende, fundamentalmente, por proteger a la familia del causante de los perjuicios económicos derivados de su muerte, evitando así que el (la) cónyuge o compañero (a) supérstite se vea obligado (a) a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento, **tal finalidad u objetivo de esta prestación solo se cumple o se materializa si entre el finado y el beneficiario existió una verdadera vida de pareja con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, requisito este que «se constituye en el criterio que ha de apreciarse cuando el juzgador se aplique a la tarea de definir la persona con vocación legítima para disfrutar de la pensión de sobrevivientes, a raíz de la muerte de su consorte o compañero»** (CSJ SL, 25 may. 2010, rad. 33136).*

*Esta convivencia, inclusive, puede presentarse entre parejas que, de forma excepcional, no cohabiten bajo el mismo techo, debido a circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares que lo justifiquen, **siempre que se mantenga la comunidad de vida y subsistan los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua** (CSJ SL3813-2020).*

***Por consiguiente, la convivencia, entendida como la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, «es el elemento central y estructurador del derecho» (CSJ SL1399-2018), requisito que, en vigencia de la Ley 797 de 2003, para la compañera es de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del pensionado.** (Negritillas y subrayados fuera del texto original).*

Bajo estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, entra la Sala a verificar el material probatorio con el fin de determinar si las actoras cumplen con el requisito de la convivencia con el pensionado.

Por su parte, la señora **María Gloria Quintero** en su interrogatorio de parte, empezó por señalar que se inscribió en el régimen subsidiado en salud desde el 27 de mayo de 2015, a través de la EPS Indígena Mallamas que presta sus servicios en el Departamento de Nariño; que se afilió a dicha EPS porque es hipertensa y como viajaba seguido a dicho Municipio y sus alrededores vendiendo ropa, necesitaba tener control de su enfermedad; que en dicho lugar vivía también una de sus hijas, a quien le colaboraba en ocasiones con el cuidado de su nieta; aseguró que, su lugar de residencia era la ciudad de Bogotá donde vivía con el causante quien se encontraba enfermo y con su hija Marly Aneth; arguyó que, se dedicaba a vender ropa en el lugar donde viajaba,

pero después de venderla se devolvía la ciudad de Bogotá, porque económicamente les tocaba así, para poder llevar las obligaciones de la casa, ya que el señor Noé García se encontraba enfermo, y debían entre ella y sus hijas sustentar los gastos del hogar.

Relató que, era propietaria de una casa en el barrio Bosa de la ciudad de Bogotá, porque su esposo quería que ella y sus hijas fueran las dueñas del inmueble, pero que juntos compraron la casa; precisó que ella siempre permaneció en el SISBEN y que el señor Noé no estuvo afiliado a dicho régimen subsidiado porque siempre trabajó; que su convivencia con el causante comenzó desde el año 1986, en el Municipio de Cartagena de Chaira-Departamento del Caquetá; que para ese entonces no tenía conocimiento que el señor Noé García era casado y tenía otros hijos; que los conoció el día del velorio del pensionado fallecido; que ellos nunca lo fueron a visitar a su casa.

Agregó que, ella viajaba dos veces al mes en donde permanecía 8 días y nuevamente regresaba a su casa donde habitaba con su compañero y su hija Marly Aneth. Al preguntársele por parte del Juez, como atendía sus requerimientos de salud en Bogotá, si ella indicaba que esporádicamente se trasladaba al Municipio de Nariño, ella contestó que iba a urgencias y allí la atendían; también se le preguntó por parte del *a quo* en qué se invertía la pensión del señor Noé García, si ella trabajaba fuera de la ciudad para el sostenimiento de la casa, frente a lo cual contestó:

La pensión de él salió tres meses antes de él morirse, porque él luchó por esa pensión, le tocó tener abogado y a lo último, le tocó poner tutela para que se la dieran, antes de él morirse le dieron la pensión, entonces a nosotros nos tocaba rebuscarnos como fuera con mis hijas y yo, para sostener la casa.

Declararon a favor de María Gloria Quintero, las señoras María Cristina Rativa, Martha Isabel Reyes Uriza, Nelson Armando Lozano Leyton y Marly Aneth García Quintero.

La señora **María Cristina Rativa** señaló que conocía a la demandante desde el año 2007, cuando se pasó a vivir al Conjunto Recreo Reservado de la localidad de Bosa – Bogotá donde también vivía la actora; que ella vivía en la casa 84 y la señora Gloria

vivía en la casa 81; aseguró que, en la casa vivía la actora con el señor Noé García y su hija mayor Marly Aneth; que la señora Gloria viajaba vendiendo ropa; que al momento del fallecimiento del causante, la actora se encontraba viajando; que ambos se colaboraban económicamente; que el día del deceso del señor Noé, ella estuvo en la casa de él ayudándolo a bajar porque murió en el segundo piso.

Adujo que, la demandante viajaba al Departamento de Nariño y a la ciudad de Tulcán, en Ecuador; que ella se quedaba de 4 a 5 días y regresaba de nuevo a su casa en la ciudad de Bogotá; indicó que las hijas del causante habían sido quienes pagaron el funeral y que ello le constaba porque las había acompañado; también refirió que el señor Noé padecía de cáncer y que duró enfermo unos 3 a 4 años antes de fallecer.

La testigo **Martha Isabel Reyes Uriza** señaló que, llegó al conjunto donde reside la señora Gloria en el año 2007, que vive en la casa 82 y la demandante vive en la casa 81. Acotó que, el causante siempre trabajó como vigilante y que para el año 2017, seguía laborando en eso; afirmó que la demandante siempre estuvo pendiente del causante, de sus citas médicas y de sus medicamentos; que cuando ella se ausentaba quien se quedaba a cargo era su hija.

Añadió que, el señor Noé García proveía todas las cosas para su casa, siempre lo veía llegar con mercado, con sus cosas de la tienda y lo que se necesitará a diario; que él se la pasaba pendiente de su hogar y de todo lo que se requiriera; que el pensionado durante sus últimos 6 meses de vida siempre asistió a quimioterapia; que estuvo muy malito y su hija lo estuvo ayudando en todo, en sus citas y en todo lo que se requería, y Gloria también había estado pendiente de sus medicamentos hasta el último momento.

El deponente **Nelson Armando Lozano Leyton** indicó que conocía a la demandante desde hacía 17 años, así como también conocía a su esposo el señor Noé García; que ellos iban a la tienda a comprarle, incluso a veces les fiaba; que él veía a la señora Gloria y al señor Noé 5 o 6 veces a la semana; que el estuvo el día del fallecimiento del señor Noé quien estaba acompañado de su hija Marly y de sus vecinos,

que en ese momento la señora Gloria estaba viajando, pero que ella regresó al día siguiente; afirmó que la señora María Gloria viajaba vendiendo ropa y sábanas; que los había visto juntos 3 días antes del fallecimiento.

La señora **Marly Aneth García Quintero** dijo que su mamá durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento de su padre vivió en la calle 65 sur 102-40, casa 81 de la localidad de Bosa en la ciudad de Bogotá y que ella se trasladaba cada 8 días a Tulcán – Ecuador donde su hermana, pero de manera esporádica; que su progenitor era atendido en la EPS Sura donde le hacían las quimioterapias y todo; que tanto sus hermanas como su mamá estaban afiliadas al régimen subsidiado debido a que cuando eran pequeñas su papá nunca tuvo un trabajo estable, que él siempre trabajó como guarda de barrio; que fue unos años antes de fallecer que comenzó a trabajar juicioso y nunca las afilió porque ya estaban afiliadas al régimen subsidiado.

Precisó que, su mamá viajaba a ayudar a su hermana quien tenía un bebe y se la pasaba más tiempo allá, donde le hacían el control de sus cirugías y de su tensión, y cuando venía a Bogotá se manejaba por urgencias; que su progenitora se salió de trabajar una vez se logró conseguir la casa que está ubicada en Bosa el Recreo de la ciudad de Bogotá, llegando a un acuerdo con su papá de que iba a dejar de laborar porque llegaba muy tarde y de madrugada; que cuando la señora Gloria viajaba duraba de 8 a 15 días por fuera y regresaba a Bogotá acompañar a su papá y a realizar las vueltas que tuviera que hacer, vendía la ropa que traía y se devolvía; que cuando su padre falleció la señora Gloria no estaba en la ciudad de Bogotá se había ido unos 4 días antes; que las exequias fueron cubiertas por ella y los otros hijos de su papá.

Relató que, quienes sostenían económicamente el hogar era su padre y su mamá; que su papá fue hospitalizado 3 veces; que en esos momentos quien lo acompañó fue su mamá y sus hermanas; que de esas 3 veces de hospitalización su progenitora lo acompañó una sola vez; que antes de que su padre falleciera conoció a su hermana Doris, porque fueron a visitarla hasta donde ella vivía en Bosa la Libertad y conoció allí también a sus demás hermanas; que vivieron en varias partes en el Muelle, en las Mercedes y luego en Bosa, pero que nunca vivieron en Soacha.

La entidad demandada AFP Protección S.A. solicitó como prueba testimonial la declaración de la señora **Alba Doris García Moreno**, en calidad de hija del señor Noé García y la señora María Consejo Moreno Gutiérrez, quien señaló que sus padres se separaron cuando ella tenía 15 años; que cuando su papá se fue de la casa, él les manifestaba que se iba a ir a trabajar al Caquetá; que siempre tuvo contacto con él; que 8 días antes de fallecer fue a visitarlo a su casa donde compartieron junto a sus nietos.

Afirmó que, en un tiempo su papá vivió solo en la casa que tenía en la localidad de Bosa y en ese entonces lo visitaban con más frecuencia, pero la última vez que lo habían visitado estaba con su hermana Marly; que conoció a su hermana cuando ella tenía aproximadamente 5 años; que para entonces ellos vivían en Soacha y estaban todas pequeñas; que interactuó con la señora Gloria cuando ella vivía en Soacha.

Acotó que, que cuando le preguntó a su padre por qué se había separado de la señora Gloria, él le había dicho que se había ido a vivir al Ecuador, que eso había sido más o menos para el año 2000; que mientras su padre estuvo enfermo quien lo acompañaba era su hermana Marly; que en su poder tenía una foto en la que estaban todos los hermanos incluyendo la señora Marly.

De otra parte, a favor de la señora María Consejo Moreno Gutiérrez declararon Raúl Vaca García, Gilberto Calderón y Juan de Dios Carranza Moreno. El primero de ellos, mencionó que conoció a la señora María Consejo en el año 1976; que la señora vinculada y el señor Noé García estuvieron casados alrededor de 25 años; que le constaba porque vivían en la misma vereda; que ellos vivieron juntos hasta cuando el menor de los hijos tenía 8 años; que inicialmente convivieron como novios y después se casaron.

El testigo **Juan de Dios Carranza Moreno** sostuvo que, conoció a la señora María Consejo desde que estaba pequeña de la vereda donde vivían; que igualmente conoció al señor Noé como su esposo; que ellos inicialmente vivieron en unión libre y después se casaron; que vivieron juntos hasta que el último de sus hijos tenía como 6 o

7 años, y no lo volvió a ver tan seguido; que la última vez que lo había visto había sido hacía unos 25 años; que mientras estuvo casado con la señora María Consejo se veía de manera constante porque trabajaban como jornaleros; que las cenizas se dejaron en el cementerio de Guayatá en el Departamento de Boyacá donde él reside y donde vivió el señor Noé.

Por último, el señor **Gilberto Calderón** dijo que era muy allegado a la familia desde hace muchos años; que fue amigo de Noé desde la infancia; que asistió a la ceremonia cuando la señora María Consejo y el causante se casaron; que no recordaba cuánto tiempo duraron casados; que hacía mucho tiempo no lo veía como unos 15 a 16 años; que él es comerciante y tiene un local en Guayatá – Boyacá donde se contrató la buseta que fue la que llevó a las personas al funeral de su amigo Noé; que las cenizas fueron llevadas después por sus hijos a dicho Municipio.

De los anteriores relatos, considera la Sala que existen varias contradicciones que no permiten determinar con claridad que realmente la señora María Gloria Quintero convivió como compañera permanente del señor Noé hasta el día de su fallecimiento, toda vez que en su declaración afirmó que viajaba de manera esporádica a Tulcán – Ecuador a visitar a su otra hija y colaborarle con el cuidado de su nieto, así como a vender ropa, ya que era comerciante y con ello poder ayudar con los gastos del hogar que tenía con el causante; no obstante, su hija Marly Aneth manifestó inicialmente que su señora madre permanecía más tiempo donde su hermana en Tulcán – Ecuador, para luego afirmar que había sido de manera esporádica.

Llama la atención de la Sala que si en realidad hubiera sido de manera esporádica, como lo señalaron las deponentes, los servicios de salud de la señora María Gloria Quintero se hubieran adquirido en la ciudad de Bogotá a través del régimen subsidiado, como lo había venido haciendo desde siempre, tal y como lo aseguró la señora Marly Aneth, pues no tiene sentido adquirir un servicio de tal en lugar donde no se frecuenta con regularidad, más aún cuando como lo aseguró la misma demandante padece de hipertensión y debe seguir un control.

Además de ello, dijo la señora María Gloria Quintero que la actividad que realizaba lo hacía para cubrir los gastos del hogar en donde residía con el causante debido a que se encontraba enfermo y solo fue 3 meses antes de su fallecimiento que le otorgaron la pensión, versión que no coincide con lo señalado por la testigo Martha Reyes, pues ella afirmó que el señor Noé laboró como vigilante incluso hasta el año 2017, año de su fallecimiento, situación que resulta coherente, pues téngase en cuenta que el causante estaba pensionado por invalidez, de manera que durante el interregno en que no le fue reconocida la prestación debió haber recibido subsidio de incapacidad, por lo que no estaba del todo desprotegido económicamente como lo refirió la actora; sumado a lo anterior, se observó del escrito de demanda (hecho 3) que allí la señora Gloria manifestó que dependía de su esposo y se dedicaba a las labores del hogar, lo cual no es cierto según lo que ella relató en su interrogatorio de parte, versiones claramente contradictorias.

Aunado a ello, la señora Martha Reyes indicó que el señor Noé García proveía los gastos del hogar y lo veía llegar con el mercado, aspecto que permite evidenciar que la señora Gloria no era quien cubría en su totalidad los gastos del hogar como consecuencia de la enfermedad padecida por el causante; asimismo, la señora Reyes aseguró que en los últimos 6 meses de vida del señor Noé estuvo sometido a quimioterapias, siendo su hija quien lo acompañaba y atendía en esos momentos; si bien también dijo que la señora Gloria estuvo presente, es una afirmación que genera dudas, pues la mayoría de los declarantes manifestaron que la demandante permanecía fuera del país de 8 a 15 días, no siendo posible que estando ausente pudiera estar al mismo tiempo pendiente de su compañero; incluso, su misma hija Marly refirió que de las 3 veces que su papá fue hospitalizado, su mamá lo acompañó una sola vez.

Otras de las imprecisiones que se evidencian, es que la testigo señora Marly Aneth relató que conoció a su hermana Doris y sus demás hermanos unos meses antes de fallecer su papá cuando lo fueron a visitar; además, de que nunca había vivido en el Municipio de Soacha, mientras que en la declaración rendida por la señora Doris ella afirmó que se conocieron desde pequeñas cuando su padre los llevaba donde ellas en Soacha, asegurando tener fotos de los momentos que compartían.

Bajo ese entendido, si bien la jurisprudencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que «[...] *ciertas separaciones físicas por razones de salud, laborales, económicas o legales, entre otras, no rompen necesariamente el vínculo afectivo, ni la vocación de convivencia que se pueda predicar de quienes deciden consolidar su unión de pareja*», tal como se indicó en sentencia CSJ SL2767-2022, en la que se trajo como referencia las sentencias CSJ SL, 28 oct. 2009, rad. 34899; CSJ SL, 1 dic. 2009, rad. 34415, ello se da cuando se encuentra plenamente demostrado que la pareja se encontraba conviviendo bajo el mismo techo y la separación se dio por las excepciones planteadas por la citada jurisprudencia, aspectos que no se encuentran acreditados en el presente asunto, pues precisamente en los momentos de enfermedad es cuando más se necesita del apoyo de la compañera o compañero permanente, es allí donde se manifiesta el socorro y apoyo mutuo de la comunidad en pareja, sin que se vislumbre en este caso que las razones que llevaron a que la señora María Gloria Quintero tuviera que ausentarse, hayan sido por las situaciones económicas del hogar, pues se reitera según lo manifestado por los demás testigos el señor Noé seguía con sus servicios de salud y su vínculo laboral previo al reconocimiento pensional.

En este orden, no se logra apreciar con exactitud que la promotora del litigio acompañó al causante en esos momentos de dolor, brindándole ayuda, socorro y acompañamiento espiritual, aspectos importantes de la convivencia de pareja, por el contrario, se observó que quien estuvo a su lado fueron sus hijos en especial su hija Marly Aneth, incluso fueron ellos los que costearon el valor de las exequias.

Ahora bien, aun cuando se aportó al informativo previsión exequial con la aseguradora Mapfre de fecha 30 de agosto de 2017, en la que aparece como afiliado principal el señor Noé García Castro y entre los beneficiarios la señora María Gloria Quintero (f° 83, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), así como en su momento se allegó ante la demandada declaración extraprocesal rendida por el causante Noé García Castro ante Notario Público de fecha 15 de junio de 2016, tales probanzas si

bien tienen plena validez; no obstante, de conformidad con la facultad consagrada en el artículo 61 del CPTSS y bajo el principio de la sana crítica, el Juez le dio mayor peso probatorio a los demás medios probatorios recaudados en el presente trámite, puesto que de ellos se colige que no existió la convivencia deprecada en los términos que la ley señala, desvirtuando así las manifestaciones contenidas en la declaración extrajuicio.

A lo anterior se suma que frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que la convivencia no se demuestra únicamente con la declaración extraprocesal, sino que debe existir la constancia de que en la realidad fue eso lo que ocurrió, tal y como lo precisó en sentencia CSJ SL3570-2021, en donde dijo:

De tiempo atrás la Corte ha sostenido que la acreditación del requisito de convivencia no se obtiene a través del cumplimiento de una mera formalidad, como una declaración extraprocesal rendida en una notaría o plasmada en un documento, sino que sólo se puede dar por establecida en la realidad misma, es decir, debe ser el reflejo de una auténtica comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, apoyo espiritual y físico y camino hacia un destino común, esto es, en los términos del artículo 42 Constitucional, que consulte el verdadero deseo libre de la pareja, de conformar una familia, con lo cual se obtendría la garantía de protección del Estado y de la sociedad allí ofrecida (CSJ SL5524-2016).
(Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Así las cosas, no existen razones justificables por las cuales deba revocarse la decisión de primera instancia respecto de la absolución del reconocimiento pensional a favor de la señora María Gloria Quintero.

En lo concerniente a la señora **María Consejo Moreno Gutiérrez** al contar con un vínculo matrimonial vigente con el señor Noé García para el momento de su deceso, y haber acreditado una convivencia desde el 3 de septiembre de 1976, hasta el 17 de diciembre de 1986, que corresponde al período en que se procrearon cada uno de los 6 hijos que tuvo con el causante, se puede establecer que reúne el requisito exigido normativa y jurisprudencialmente para acceder al derecho deprecado, pues como bien se dijo precedentemente solo requería demostrar una convivencia de 5 años en cualquier tiempo, debido al estatus que tiene en calidad de cónyuge; de manera que,

deberá revocarse la decisión de primer grado y reconocer a favor de la tercera ad excludendum la pensión solicitada.

ii) Disfrute, monto y retroactivo de la mesada pensional

Ha adoctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que si la AFP realiza el reconocimiento de la prestación de sobrevivientes en favor de un beneficiario por haberse acreditado los respectivos requisitos y, de manera ulterior, aparecen otros nuevos, estos no pueden verse perjudicados en su derecho por lo concedido al primero, pues este *«debe ser reconocido desde el momento de su nacimiento»*, es decir, a partir del deceso del asegurado CSJ SL226-2021.

Así las cosas, la prestación deberá reconocerse a partir del 27 de noviembre de 2017, momento del deceso del causante y el monto de la prestación deberá ser de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, esto es, en el 100 % de la pensión que disfrutaba el pensionado.

Conforme con lo dispuesto en el artículo 283 del CGP, se establecerá el valor del retroactivo causado durante el periodo comprendido entre el 27 de noviembre de 2017, al 14 de diciembre de 2023, teniéndose como base la mesada pensional que le fue reconocida al causante y que correspondió a la suma de \$737.717, a partir del 8 de febrero de 2016; una vez efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, se obtuvo un valor de \$73.179.060,60, conforme a la siguiente liquidación:

Año	Desde	Hasta	Valor Mesada	No pagos	Retroactivo
2017	27/11/2017	31/12/2017	\$ 737.717	2,13	\$ 1.573.796,27
2018	1/01/2018	31/12/2018	\$ 781.242	13	\$ 10.156.146,00
2019	1/01/2019	31/12/2019	\$ 828.116	13	\$ 10.765.508,00
2020	1/01/2020	31/12/2020	\$ 877.803	13	\$ 11.411.439,00
2021	1/01/2021	31/12/2021	\$ 908.526	13	\$ 11.810.838,00
2022	1/01/2022	31/12/2022	\$ 1.000.000	13	\$ 13.000.000,00
2023	1/01/2023	14/12/2023	\$ 1.160.000	12,47	\$ 14.461.333,33
Valor Retroactivo					\$ 73.179.060,60

A su vez, se autoriza a la entidad enjuiciada para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, como lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia CSJ SL3024-2020, en la que dijo:

Por último, por ministerio de la ley, la entidad reconocedora de la pensión debe efectuar los descuentos en salud con destino a la EPS que seleccionen los demandantes en calidad de pensionados, de acuerdo con lo previsto en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994.

iii) Intereses moratorios e indexación

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 (CSJ, 23 sept. 2002, rad. 18512 y CSJ SL 5025-2018).

No obstante, debe recordarse que el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, es que existen excepciones a esa regla general, como por ejemplo, en los eventos en que la pensión se reconoce con fundamento en un cambio o doctrina jurisprudencial que la entidad administradora de pensiones no podía prever o anticipar, así se explicó en sentencia CSJ SL3087-2014 reiterada en CSJ SL3808-2020, en donde se dijo:

En el sub lite procede entonces la exoneración de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues como se dejó suficientemente explicado con ocasión del recurso extraordinario, la concesión de la pensión de invalidez obedeció a la regla jurisprudencial establecida en la sentencia CSJ SL, 2 ago 2011, rad. N° 39766, y no a la aplicación literal del artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Conforme lo anterior, la imposición de intereses de mora, no procede cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, o porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan les es imposible predecir (CSJ SL3087-2014, CSJ SL11234-2015, CSJ SL8614-2017).

Acorde con lo expuesto, en el *sub examine* dichos intereses resultan procedentes, puesto que, la AFP Protección S.A. negó el derecho en sede administrativa al considerar que existía controversia entre la cónyuge y compañera permanente, pasando por alto, que la señora María Consejo Moreno Gutiérrez aseguró desde el momento de su petición ante dicha entidad, que mantenía un vínculo matrimonial vigente con el causante, aportando el correspondiente registro civil, siendo conocido de vieja data que a nivel jurisprudencial se ha establecido que en estos casos la acreditación de convivencia es de 5 años en cualquier momento y no previos al fallecimiento como ocurre con la compañera permanente, circunstancia que resultaba fácil de probar con solo tener en cuenta la fecha de nacimiento de los 6 hijos que procreó con el pensionado.

En consecuencia, se condenará a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 30 de marzo de 2019, teniendo en cuenta que la reclamación se presentó el 30 de enero de ese mismo año y de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 717 de 2001, que dispone que el término para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es máximo dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario.

En cuanto a la indexación, esta no resulta viable, al haberse reconocido los intereses moratorios, pues ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ambos emolumentos son incompatibles, como se recordó en sentencia CSJ SL4299-2022, en la que dijo:

No habrá lugar a ordenar la indexación de las mesadas pensionales, por cuanto conforme lo tiene sentado en su jurisprudencia esta Corte, los intereses moratorios son incompatibles con la indexación de mesadas pensionales, pues al pagarse los intereses, la indexación se entiende incluida en estos (CSJ SL2876-2022, CSJ SL1015-2022).

iv) Prescripción

Se advierte que la misma no tiene vocación de prosperidad, dado que el causante falleció el 27 de noviembre de 2017, la reclamación se presentó por parte de la señora María Consejo Moreno Gutiérrez el 30 de enero de 2019, y demanda se radicó el 10 de diciembre de 2019, luego entre estos hitos temporales no transcurrió el término trienal consagrado en el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS.

v) Devolución de retroactivo pensional por parte de la demandante a la AFP demandada al no tener derecho al reconocimiento pensional

Frente al tema, la alta Corporación de cierre de la jurisdicción Ordinaria Laboral, se pronunció en sentencia CSJ SL226-2021, en la cual hizo referencia a la compensación a fin de recuperar esas sumas de dinero que perdieron su causa y también precisó que la entidad de seguridad social se encuentra habilitada a ejercer las

acciones judiciales pertinentes ante el enriquecimiento sin justa causa de aquellas personas que perdieron su calidad de beneficiarios, señalando:

Sin embargo, la Sala no puede desconocer el traumatismo administrativo, y peor aún, el riesgo económico que se genera en el reconocimiento pensional a cargo de las entidades frente a la aparición de adicionales beneficiarios de la prestación, pues es claro que, por permitírsele el ordenamiento jurídico, no deben correr con la suerte de ese tipo de excusas, dado que, si acreditan el derecho, aquél debe ser reconocido desde el momento de su nacimiento, que se insiste, en la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes, es la muerte del causante pensionado o afiliado el que marca ese derrotero.

Por esa razón, y para evitar que se sacrifique el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional ante la reclamación y surgimiento del derecho en cabeza de nuevos beneficiarios de la prestación económica, y se llegue a considerar un pago doble o sin causa alguna, el legislador permitió a la entidad que asume el reconocimiento de la pensión, compensar las sumas de dinero con las mesadas que a futuro reciban quienes inicialmente fueron aceptados como beneficiarios iniciales, o en su defecto, iniciar las acciones de recuperación de esos rubros pagados sin justificación, muy a pesar de que al principio los reclamantes lo hubieran hecho de buena fe o creyendo que los hechos y el momento respaldaban su solicitud.

Así, debe traerse a mención el artículo 5° de la citada Ley 1204 de 2008, en que la recurrente respalda su cuestionamiento:

ARTÍCULO 5o. TÉRMINOS PARA DECIDIR LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL DEFINITIVA. *Si no se presentare controversia, la sustitución, de manera definitiva, se resolverá dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término del edicto emplazatorio. En caso de controversia se resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.*

En caso de que los beneficiarios iniciales tuvieran que hacer compensaciones a los nuevos por razón de las sumas pagadas, así se ordenará en el acto jurídico y lo ejecutará la entidad pagadora.

Las compensaciones se harán descontando el valor correspondiente de las futuras mesadas. (Subrayado fuera del original).

*Esta norma opera de pleno derecho, y no es necesario que el operador judicial acuda a ella en el instante de resolver una controversia entre beneficiarios de la prestación pensional, **para que la entidad se encuentre habilitada a recuperar aquellas sumas de dinero que perdieron su causa, y en aquellos casos en que no es posible esa compensación, pueda ejercer la acción judicial pertinente ante el enriquecimiento sin causa de aquellas personas que perdieron la calidad de beneficiarios y recibieron unas mesadas sin respaldo normativo alguno.***

De manera que existe un mecanismo para evitar una doble erogación a cargo del Estado cuando se presentan nuevos beneficiarios, como es la compensación, que significa, como se ha venido explicando, que los beneficiarios iniciales deben ir devolviendo los dineros percibidos en el pasado, hasta lograr que se ajusten los porcentajes definitivos desde el momento en que se causó el derecho pensional, lo cual aplica no solo por decisión propia de la administración sino incluso cuando el asunto es resuelto definitivamente por la jurisdicción.(Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Bajo tal escenario, la demandada se encontraba autorizada para reclamar las sumas pagadas a la señora María Gloria Quintero, de quien se demostró que no cumplía los requisitos para acceder al derecho pensional, lo cual lo hizo a través de la demanda de reconvención que prosperó a su favor, por consiguiente, no hay lugar a revocar la decisión de primer grado frente a ese aspecto.

Por lo anterior, se revocará parcialmente la sentencia apelada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la señora María Gloria Quintero, comoquiera que su recurso de alzada no salió avante.

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: REVOCAR parcialmente el ordinal primero de la sentencia apelada, proferida por el juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **CONDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A. a reconocer a favor de la señora **MARÍA CONSEJO MORENO GUTIÉRREZ** la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge del pensionado fallecido señor Noé García Castro a partir del 27 de noviembre de 2017, fecha de su deceso en el 100 % de la pensión que disfrutaba, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN, a pagar a favor de la señora María Consejo Moreno Gutiérrez, la suma de \$73.179.060,60, por concepto de retroactivo pensional correspondiente al periodo comprendido entre el 27 de noviembre de 2017, al 14 de diciembre de 2023, sin perjuicio de lo que llegará a causarse hasta el pago efectivo, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 30 de marzo de 2019, y hasta que se haga efectivo de cada una de las mesadas causadas y no pagadas.

CUARTO: AUTORIZAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a descontar del valor del retroactivo los descuentos en salud con destino a la EPS que seleccionen la demandante en calidad de pensionada.

QUINTO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal tercero de la sentencia apelada, en el sentido de declarar no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, por las razones anteriormente expuestas.

SÉPTIMO: COSTAS a cargo de la demandante señora María Gloria Quintero.

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 la demandante María Gloria Quintero en la suma de \$580.000.



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	110013105038202100553-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA DEL ROSARIO MENJURA VELANDIA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **MARÍA DEL ROSARIO MENJURA VELANDIA** 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 Colfondos S.A., por omisión al deber de información; en consecuencia, se le condene a esa AFP a trasladar a Colpensiones todos los aportes recibidos con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo disponía el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos causados; 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 04, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 17 de diciembre de 1955; que estuvo afiliada al RPM desde el 16 de enero de 1979 hasta el 30 de abril de 1994; que a partir

del 01 de mayo de 1994, aparece trasladada al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., esto porque en el mes anterior los asesores de ese fondo motivaron su traslado debido a un acoso sistemático ofreciéndole beneficios superiores a los que obtendría en el RPM, como por ejemplo una mesada pensional más alta, pero que no le explicaron las ventajas y desventajas entre los dos regímenes pensionales, ni las diferencias en cómo se liquidaba la pensión de vejez en cada uno de ellos, no le realizaron una proyección pensional, no le hablaron del bono pensional, ni le informaron las modalidades pensionales en el RAIS. Narró 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, que se afilió al ISS y el tiempo de permanencia en él, 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 aplicación del precedente establecido en la sentencia CSJ 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 COLFONDOS S.A.**, contestó (archivo 11 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, que esta se vinculó al RAIS a través de esa AFP con efectividad a partir del 01 de mayo de 1994; frente a los demás, indicó 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 de la actora 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 Ocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 17 de julio de 2023 (archivo 20 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la señora MARÍA DEL ROSARIO MENJURA VELANDIA con destino a la COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTIAS con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 20 de abril de 1994. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTIAS, que conjunta y coordinadamente con la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a activar a la demandante en condición de afiliada, en el Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, y a girar con destino a este régimen, los recursos percibidos por COLFONDOS por cuenta de la actora, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculada a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTORICO (Valor de Cada Cotización)} = \text{VALOR INDEXADO}$$

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verifico el pago correspondiente de manera integral, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los recursos con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagaran con los recursos propios con de la A.F.P. COLFONDOS S.A., sin lugar a descuento alguno. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional.

TERCERO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de COLFONDOS S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como

agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor de la demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.

El Juzgado, **basó su decisión fundamentalmente** en que conforme lo señalado en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, las administradoras de fondos de pensiones no podían rechazar la afiliación de las personas que cumplieran con los requisitos para ser afiliados al RAIS, a excepción de las personas que se encontraban excluidas del RAIS según el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 o respecto de las personas que estén restringidas en el régimen de movilidad pensional.

Refirió que, conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 13 de la misma norma, el empleador y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor a las sanciones allí previstas, destacándose que la afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, lo que a su juicio implicaba que debía acreditarse los vicios del consentimiento, esto es, el error, la fuerza y el dolo, los cuales a la luz de las pruebas que estaban en el informativo no se acreditaban.

Advirtió que, no obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL2929-2022 al analizar un caso fallado en primera instancia por ese despacho, había indicado que: i) el deber de las AFP de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado; ii) en estos asuntos la carga de la prueba corría por cuenta de las AFP, toda vez que, primero, la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, segundo, 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, tercero, que no era razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego; y iii) la suscripción del formulario de inscripción por parte del afiliado o porque en

el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares, no libraban a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos.

Afirmó que, correspondía a la AFP Colfondos S.A., demostrar que información le entregó a la demandante al momento de su traslado de régimen pensional, con el fin de determinar si la misma había sido objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, y las consecuencias asociadas al traslado y que de las pruebas traídas al proceso no se infería el cumplimiento de dicho deber, por lo que debía declararse la ineficacia del cambio de régimen pensional realizado mediante formulario firmado el 20 de abril de 1994.

Indicó que, la AFP Colfondos S.A., debía reintegrar a Colpensiones los recursos íntegramente percibidos en el RAIS por cuenta de la demandante, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora y en caso de ser insuficientes, apliquen la diferencia con cargo a recursos propios, sin que haya lugar a descontar suma alguna por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Advirtió que en caso de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual, los mismos debían ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional por ser parte estos del Sistema General de Pensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP COLFONDOS S.A.**, interpuso recurso de apelación argumentando que lo descontado por gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, se hizo en cumplimiento del artículo 20 de la Ley 100 de 1993; que no podía desconocerse que los aportes de la promotora del litigio generaron unos rendimientos gracias a la labor que realizó esa AFP con dichas cotizaciones.

Sostuvo que, conforme los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, al establecer la forma como se financian las pensiones de invalidez y sobrevivientes, indicó que estas contingencias se veían protegidas con la contratación de seguros previsionales con terceros, pólizas que fueron pagadas en su momento y que cubrieron a la

asegurada durante su permanencia en el RAIS, luego era injusto que se le condenara a devolver esos rubros.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación afirmando que de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución Política las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas debían ceñirse a la buena fe, la cual se presumiría, lo que imponía en cabeza de la promotora del litigio desvirtuar la buena fe con la que había obrado el asesor de la AFP Colfondos que le realizó el traslado de régimen.

Indicó que, una vez seleccionado uno de los dos regímenes, esa vinculación generaba unos deberes y obligaciones para las partes, por lo que la afiliada tenía unas responsabilidades como consumidor financiero, por lo que el deber de información es un conjunto de obligaciones, en el que la afiliada debía ir informada acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales, que le permitieran tomar decisiones informadas con el debido cuidado y atención que merecía su futuro pensional.

Consideró que, al firmar el formulario de traslado al RAIS aceptó regirse por las normas de ese régimen; que no podía desconocerse que el traslado indiscriminado de afiliados al RPM estaba afectando la sostenibilidad financiera del sistema, pues durante años no ha aportado al RPM y no construyó un futuro pensional en ese régimen.

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 esta última 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 la demandante a través de la AFP Colfondos 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 promotora del litigio en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora MARÍA DEL ROSARIO MENJURA VELANDIA nació el 17 de diciembre de 1955; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 16 de enero de 1979, al 30 de abril de 1994, un total de 26,71 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones actualizada a 05 de agosto de 2021 (f.º 57 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* que el **20 de abril de 1994**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos el cual se hizo efectivo a partir del 01 de mayo de igual año y allí permanece hasta la actualidad (f.º 56 archivo 01 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 –**20 de abril 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 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).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **20 de abril de 1994**, 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 1994 (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 adocinado 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 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); 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 y modificar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP Colfondos 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 la 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 de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, 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).

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo la AFP Colfondos 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: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedara así:

- **ORDENAR** a la **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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 mayo de 1994, 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, y la AFP Colfondos 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 Colfondos S.A., la suma de \$1.160.000 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	110013105038202200167-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ALFREDO FAJARDO BOHÓRQUEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **ALFREDO FAJARDO BOHÓRQUEZ** 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 Protección S.A., por omisión al deber de información; en consecuencia, se le condene a esa AFP a trasladar a Colpensiones todos los aportes recibidos con motivo de su afiliación, junto con los rendimientos financieros causados; 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.

De forma subsidiaria, solicitó se condene a la AFP Protección S.A., a pagar al demandante el valor de «*decremento pensional*», o el valor de la diferencia pensional que recibiría en el RPM, como consecuencia de la omisión a los deberes y obligaciones en el traslado de régimen pensional.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 29 de abril de 1956; que estuvo afiliado al RPM desde el 29 de octubre de 1974; que el 04 de diciembre de 2002, se trasladó al RAIS mediante formulario de afiliación a la AFP Protección S.A., pero que no fue asesorado de forma clara, suficiente, y transparente sobre las consecuencias futuras de su decisión y que no le realizaron una proyección pensional que incluyera un comparativo de su mesada en ambos regímenes. Agregó que tampoco le habían realizado reasesoría.

Narró que, radicó ante Colpensiones y la AFP Protección solicitud de declaratoria de nulidad de su traslado al RAIS, pero la primera de ellas, le respondió que ello no era procedente, por cuanto el cambio de régimen se había realizado ejerciendo su derecho de libre elección, y la segunda nunca le contestó.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 10 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 29 de octubre de 1974, 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 aplicación del precedente establecido en la sentencia CSJ 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, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de la seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, contestó (archivo 11 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 vinculó a esa AFP el 04 de diciembre de 2002, y allí permanece hasta la fecha, y la petición ante esa entidad radicada; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. 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, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, 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 Ocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de junio de 2023 (archivo 18 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor ALFREDO FAJARDO BOHÓRQUEZ con destino a la PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy A.F.P. PROTECCIÓN S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 12 de abril de 2022. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., que conjunta y coordinadamente con la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar al demandante en condición de afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y a reembolsarle los recursos percibidos por cuenta del demandante en el RAIS, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculado a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

INDICE FINAL

INDICE INICIAL

x

VALOR HISTORICO

(Valor de Cada Cotización)

=

VALOR INDEXADO

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verifico el giro de recursos de manera integral, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los mismos con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y en caso de ser insuficientes, se pagaran con cargo a recursos propios de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., sin lugar a descuento alguno. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, los cuales deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: Dadas las results del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, frente a las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor del demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

El Juzgado, **basó su decisión fundamentalmente** en que conforme lo señalado en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, las administradoras de fondos de pensiones no podían rechazar la afiliación de las personas que cumplieran con los requisitos para ser afiliados al RAIS, a excepción de las personas que se encontraban excluidas del RAIS según el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 o respecto de las personas que estén restringidas en el régimen de movilidad pensional.

Refirió, que conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 13 de la misma norma, el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor a las sanciones allí previstas, destacándose que la afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, lo que a su juicio implicaba que debía acreditarse los vicios del consentimiento, esto es, el error, la fuerza y el dolo, los cuales a la luz de las pruebas que estaban en el informativo no se acreditaban.

Dijo que, no obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL2929-2022 al analizar un caso fallado en primera instancia por ese despacho, había indicado que: i) el deber de las AFP de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado; ii) en estos asuntos la carga de la

prueba corría por cuenta de las AFP, toda vez que, primero, la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, segundo, 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, tercero, que no era razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego; y iii) la suscripción del formulario de inscripción por parte del afiliado o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares, no libraban a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos.

Afirmó que, correspondía a la AFP Protección S.A., demostrar que información le entregó al demandante al momento de su traslado de régimen pensional, con el fin de determinar si la misma había sido objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, y las consecuencias asociadas al traslado, y que de las pruebas traídas al proceso no se infería el cumplimiento de dicho deber, por lo que debía declararse la ineficacia del cambio de régimen pensional realizado mediante formulario firmado el 04 de diciembre de 2002.

Indicó que, la AFP Protección S.A. debía reintegrar a Colpensiones los recursos íntegramente percibidos en el RAIS por cuenta del demandante, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del actor y en caso de ser insuficientes, apliquen la diferencia con cargo a recursos propios, sin que haya lugar a descontar suma alguna por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Advirtió que, en caso de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual, los mismos debían ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional por ser parte estos del Sistema General de Pensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación afirmando que de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución Política las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas debían ceñirse a la buena fe, la cual se presumiría, lo que imponía en cabeza del promotor del litigio desvirtuar la buena fe con la que había obrado el asesor de la AFP Protección que le realizó el traslado de régimen.

Indicó que, una vez seleccionado uno de los dos regímenes, esa vinculación generaba unos deberes y obligaciones para las partes, por lo que el afiliado tenía unas responsabilidades como consumidor financiero, por lo que el deber de información es un conjunto de obligaciones, en el que el afiliado debía ir informada acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales, que le permitieran tomar decisiones informadas con el debido cuidado y atención que merecía su futuro pensional.

Consideró que, al firmar el formulario de traslado al RAIS aceptó regirse por las normas de ese régimen; que no podía desconocerse que el traslado indiscriminado de afiliados al RPM estaba afectando la sostenibilidad financiera del sistema, pues durante años no ha aportado al RPM y no construyó un futuro pensional en ese régimen.

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 última 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 Santander hoy Protección 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 promotor del litigio en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor ALFREDO FAJARDO BOHÓRQUEZ nació el 29 de abril de 1956; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 29 de octubre de 1974, al 30 de enero de 2003, un total de 839 semanas (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* que el **04 de diciembre de 2002**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Santander hoy Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 01 de febrero de 2003 y allí permanece hasta la actualidad (f.º 34-35 archivo 11 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 el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**04 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 Santander hoy Protección 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 suscrito el **04 de diciembre de 2002**, 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 2002 (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 adocinado 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 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); 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 y modificar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP Protección 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 la 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 vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, 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).

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 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 Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedara así:

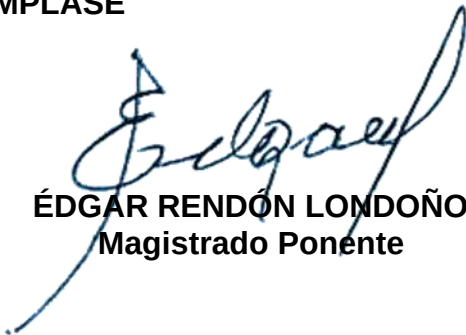
- **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, desde el 01 de febrero de 2003, en adelante, lo que incluye gastos de

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 \$1.160.000.



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	110013105038202200309-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JORGE DARÍO HERNÁNDEZ PÁEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **JORGE DARÍO HERNÁNDEZ PÁEZ** 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 Colfondos S.A., por omisión al deber de información; en consecuencia, se le condene a esa AFP y a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, y semanas de cotización; 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 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que estuvo afiliado al RPM desde el año 1988; que en abril del 2000 cuanto laboraba para la empresa Comercializadora Franing Ltda., había sido citado por el jefe de recursos humanos a una reunión colectiva con un asesor de

la AFP Colfondos S.A.; que allí le entregaron un formulario de afiliación a esa entidad el cual finalmente firmó; que el asesor de esa sociedad no contaba con título ni formación profesional en seguridad social en pensiones, y por ello no conocía las particularidades del RPM y del RAIS; que ese asesor no le explicó: i) su situación particular y real de cara al sistema pensional; ii) ningún aspecto general o detallado de su futuro pensional; iii) que su pensión de vejez sería inferior a un 25% de su IBC; iv) que por su perfil laboral no lograría acumular el capital necesario para financiar su propia pensión de vejez; v) cómo funcionaba el RPM y el RAIS; vi) los riesgos que tendría al pasarse al RAIS; vii) que su mesada y el tiempo de pensión dependería de la modalidad que escogiera, entre otras; que por el contrario le afirmaron que el ISS por su grave situación económica no podría garantizarle una mesada pensional, y que ésta en un fondo privado sería superior.

Narró que, en marzo de 2001, un asesor de la AFP Santander hoy Protección S.A., se presentó en su lugar de trabajo y logró su traslado a este; que fue él quien le diligenció el formulario de afiliación y el actor simplemente lo firmó; que no le explicó que por razón de que era casado al momento de solicitar su pensión debía acreditar un capital superior, y que tampoco le entregó información sobre las diferencias entre los dos regímenes pensionales.

Expuso que, el 13 de junio de 2017, presentó ante Colpensiones solicitud de traslado al RPM, pero esa entidad le contestó que no era viable porque ya se encontraba inmerso en la prohibición legal.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha en que el actor se afilió al RPM-ISS; que el 13 de junio de 2017, solicitó ante Colpensiones afiliación, pero que fue negada; que en mayo de 2022, 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 aplicación del precedente establecido en la sentencia CSJ 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, no

procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de la seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.**, contestó (archivo 11 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, 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 y pago, y la innominada.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, contestó (archivo 12 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que mediante formulario de afiliación firmado el 30 de marzo de 2001., el actor se trasladó de otra AFP a la AFP Santander hoy Protección S.A., y la petición radicada ante esa entidad; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos.

Aclaró que, previo a la afiliación del promotor del litigio se le asesoró sobre el funcionamiento del RAIS, especialmente sobre la construcción de su pensión que se da a través de una Cuenta de Ahorro Individual, en la cual se depositan todos los aportes pensionales a lo largo de su vida laboral generando rendimientos financieros de acuerdo con el comportamiento del mercado, así mismo, se informó que los aportes realizados en el RPM serían trasladados a la AFP a través de un Bono Pensional que se redime a los 60 años si es mujer y 62 si es hombre, el cual sumado al capital de la

cuenta individual determina el monto de la pensión de vejez. Adicionalmente, le había comunicado de forma clara, comprensible y objetivamente todas las variables y condiciones que influyen en el acceso a la pensión de vejez y el monto de su mesada, haciendo énfasis en que el requisito determinante es el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual y las variables ya descritas para definir el monto de la pensión.

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 al caso concreto y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 18 de julio de 2023 (archivo 22 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor JORGE DARÍO HERNÁNDEZ PÁEZ con destino A.F.P. COLFONDOS S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 12 de abril de 2000. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a las A.F.P. COLFONDOS S.A. y a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A, que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar la afiliación del demandante en el Régimen de Prima Media con Presión Definida, y a trasladar la totalidad de los recursos percibidos por cuenta del actor en el RAIS, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculado a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula

INDICE FINAL

INDICE INICIAL

x

VALOR HISTORICO

(Valor de Cada Cotización)

=

VALOR INDEXADO

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verifíco el giro de recursos correspondiente, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los mismos con destino al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y, en caso de ser insuficientes, se pagaran con los recursos propios con de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. y A.F.P. COLFONDOS S.A., en proporción al tiempo en que estuvo afiliado el demandante en cada una de estas administradoras, sin lugar

de descuento alguno. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, los cuales deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, frente a las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada A.F.P. COLFONDOS S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor del demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES y de PROTECCIÓN S.A.

El Juzgado, **basó su decisión fundamentalmente** en que conforme lo señalado en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, las administradoras de fondos de pensiones no podían rechazar la afiliación de las personas que cumplieran con los requisitos para ser afiliados al RAIS, a excepción de las personas que se encontraban excluidas del RAIS según el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, o respecto de las personas que estén restringidas en el régimen de movilidad pensional.

Refirió que, conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 13 de la misma norma, el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor a las sanciones allí previstas, destacándose que la afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, lo que a su juicio implicaba que debía acreditarse los vicios del consentimiento, esto es, el error, la fuerza y el dolo, los cuales a la luz de las pruebas que estaban en el informativo no se acreditaban.

Advirtió que, no obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL2929-2022, al analizar un caso fallado en primera instancia por ese despacho, había indicado que: i) el deber de las AFP de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado; ii) en estos asuntos la carga de la prueba corría por cuenta de las AFP, toda vez que, primero, la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, segundo, 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, tercero, que no era razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego; y iii) la suscripción del formulario de inscripción por parte del afiliado o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares, no libraban a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos.

Afirmó que, correspondía a la AFP Colfondos S.A., demostrar que información le entregó al demandante al momento de su traslado de régimen pensional, esto era al 12 de abril del 2000, con el fin de determinar si la misma había sido objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, y las consecuencias asociadas al traslado; que de las pruebas traídas al proceso no se infería el cumplimiento de dicho deber, por lo que debía declararse la ineficacia del cambio de régimen pensional al RAIS realizado a través de la AFP Colfondos S.A., el cual afectaba directamente el efectuado a la AFP protección S.A.

Indicó que, la AFP Colfondos y Protección S.A., debían reintegrar a Colpensiones los recursos íntegramente percibidos en el RAIS por cuenta del demandante, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del actor y en caso de ser insuficientes, apliquen la diferencia con cargo a recursos propios, sin que haya lugar a descontar suma alguna por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Advirtió que en caso de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual, los mismos debían ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional por ser parte estos del Sistema General de Pensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación parcial, con el fin de que se condene en costas a Colpensiones en primera instancia, por cuanto debía atenderse criterios meramente objetivos y lo estipulado en el artículo 361 del CGP.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación afirmando que de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución Política las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas debían ceñirse a la buena fe, la cual se presumiría, lo que imponía en cabeza del promotor del litigio desvirtuar la buena fe con la que había obrado el asesor de la AFP Colfondos que le realizó el traslado de régimen.

Indicó que, una vez seleccionado uno de los dos regímenes, esa vinculación generaba unos deberes y obligaciones para las partes, por lo que el afiliado tenía unas responsabilidades como consumidor financiero, por lo que el deber de información es un conjunto de obligaciones, en el que el afiliado debía ir informada acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales, que le permitieran tomar decisiones informadas con el debido cuidado y atención que merecía su futuro pensional.

Consideró que, al firmar el formulario de traslado al RAIS aceptó regirse por las normas de ese régimen; que no podía desconocerse que el traslado indiscriminado de afiliados al RPM estaba afectando la sostenibilidad financiera del sistema, pues durante años no ha aportado al RPM y no construyó un futuro pensional en ese régimen.

La **AFP Colfondos S.A.**, presentó recurso de apelación argumentando respecto de las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, que la decisión de ineficacia de la vinculación dejaba sin efecto igualmente el contrato entre la AFP y la aseguradora por ausencia de interés asegurable, dado que al desaparecer el acto de la afiliación también lo hacía la obligación de cubrir los siniestros que afectarían a sus afiliados, por lo que el contrato previsional no surtiría efecto alguno, por lo que la compañía aseguradora debía restituir las primas recibidas.

Frente a los gastos de administración afirmó que estos están destinados a compensar la gestión que desarrollan las AFP en el manejo de los recursos, por lo que ese concepto no hacía parte del capital para financiar las prestaciones económicas del sistema, y por ello se estaría generando un pago de lo no debido a favor de Colpensiones, pues se estaría efectuando un doble pago ya que incluye los rendimientos financieros y lo descontado por administración.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por el demandante, la AFP Colfondos y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última 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, de un lado, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Colfondos 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 el promotor del litigio en el RAIS, y de otro si hay lugar a condenar a Colpensiones en costas en primera instancia.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor JORGE DARÍO HERNÁNDEZ PÁEZ nació el 24 de enero de 1964; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 09 de septiembre de 1988, al 34 de abril del 2000, un total de 531,14 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones el 29 de septiembre de 2022 (f.º 295 archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital); *iii)* que el **12 de abril del 2000**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 01 de junio de igual año (f.º 48 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iv)* realizó un traslado horizontal a la AFP Santander hoy Protección S.A. el 30 de marzo de 2001 con efectividad a partir del 01 de mayo de igual año, en donde permanece hasta la actualidad (f.º 34 y 76 archivo 12 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 el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**12 de abril 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 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).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **12 de abril 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).

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 pasó de Colfondos a Santander hoy Protección, 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 2000; 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*» (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 y modificar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP Colfondos y Protección 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 la 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 vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, 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 del argumento de la AFP Colfondos S.A., de que la compañía aseguradora debería cubrir las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, advierte la Sala que esta no es procedente, porque esto no fue objeto de debate dentro de este proceso, por lo que, de entrar esta Colegiatura a analizar ese

tema, constituiría un hecho o medio nuevo no debatido en primera instancia. No obstante, esa AFP se encuentra en libertad de interponer las acciones que considere necesarias con el fin de obtener la restitución de dichos conceptos.

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

En cuanto a la condena en costas en primera instancia se tiene que estas también son procedentes respecto de Colpensiones, 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 dicha entidad vencida en juicio y haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas; en consecuencia se recoverá parcialmente el numeral cuarto de la sentencia recurrida, para condenar en costas a Colpensiones.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la AFP Colfondos 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: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedara así:

- **ORDENAR** a la **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A** a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, esto es, entre el 1° de junio de 2000 y el 30 de abril del 2001. 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.

- **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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 mayo de 2001, y 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.

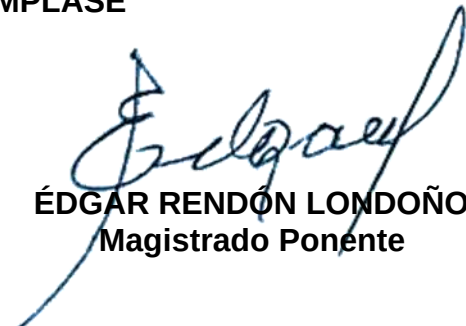
SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral cuarto de la de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedara así:

CUARTO: COSTAS. *Lo serán a cargo de la demandada A.F.P. COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor del demandante. Sin costas a cargo PROTECCIÓN S.A.*

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP Colfondos 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 Colfondos y Colpensiones, la suma de \$1.160.000 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	110013105038202200559-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARCELA PISCIOTTI VAN-STRAHLEN
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **MARCELA PISCIOTTI VAN-STRAHLEN** 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 Colfondos S.A., por omisión al deber de información; en consecuencia, se le condene a esa AFP y a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, ni por cualquier otro concepto; 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 nació el 09 de enero de 1965; que se afilió al ISS el 14 de enero de 1988 donde aportó 352 semanas; que el 01 de agosto de 1995 se trasladó al RAIS mediante la afiliación a la AFP Colfondos S.A., decisión que no estuvo precedida de la suficiente información e ilustración por parte de esa entidad, por no haberle suministrado una asesoría clara, cierta y comprensible, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado de régimen efectuado.

Narró que, realizó un traslado a la AFP Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 01 de julio de 1998, entidad que no le informó, primero, sobre el año de gracia que concedió el artículo 1º del Decreto 3800 de 2003, el cual reglamentó el Artículo 13 Literal e) de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y segundo, antes del 09 de enero de 2012, sobre la prohibición de traslado al RPM cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. Agregó que, al 30 de noviembre de 2022, contaba con 1.731 semanas cotizadas al sistema general de pensiones.

Expuso que, la AFP Protección le realizó una proyección pensional informándole que a sus 57 años de edad tendría una mesada de \$3.456.963, mientras que en el RPM sería de \$12.996.650; que el 5 de diciembre de 2022, solicitó ante Colpensiones, Colfondos y Protección la anulación del traslado de régimen pensional efectuado el 01 de agosto de 1995.

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 de la demandante, que se afilió y cotizó al ISS un total de 352,71 semanas; 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 aplicación del precedente establecido en la sentencia CSJ 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, no

procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de la seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.**, contestó (archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, 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 y completa, sobre el régimen general de pensiones; además, que la vinculación o traslado al RAIS dependía exclusivamente del cliente, quien determinaba la conveniencia del mismo, luego de examinar los beneficios y desventajas de los diferentes regímenes pensionales o administradoras de pensiones, tal como ocurrió en el caso de la demandante, quien luego de haber recibido la asesoría pertinente optó por trasladarse de manera, informada, libre y espontánea y sin presión alguna, como quedó consignado en la solicitud de vinculación.

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 de la actora a esa AFP, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la innominada.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, contestó (archivo 10 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, que mediante formulario de afiliación firmado el 20 de agosto de 1998, se trasladó de otra AFP a esta donde permanece activa, las semanas aportadas al sistema general de pensiones, que le realizó proyección pensional la cual estaba ajustada al capital por ella acumulado, y la petición radicada ante esa entidad; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos.

Aclaró que, el acto de afiliación era existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el mismo se había firmado por la actora en forma libre y espontánea en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre selección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993; que por virtud de este contrato se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante; que al momento de la vinculación a esa AFP no era posible predecir que la mesada

pensional a sus 57 años sería inferior en el RAIS que en el RPM, porque le faltaban muchos años de cotización y edad para alcanzar una pensión de vejez.

Explicó que, el monto de la pensión en el RAIS estaba ligadas a las situaciones económicas o financieras y cambios normativos como los que ocurrieron con la Resolución 1555 de 2010 (nuevas Tablas de Mortalidad), así como la Resolución 3099 de 2015, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, (fórmulas para calcular el capital necesario que debe acreditarse en una cuenta de ahorro individual para cubrir vitaliciamente una pensión mínima, en las modalidades de renta vitalicia y retiro programado). Sostuvo que NO era posible afirmar que la forma como se liquidaba la pensión en el RAIS hiciera INEFICAZ la afiliación, ya que dicha fórmula estaba consagrada legalmente, tanto en la Ley 100 de 1993, como en los decretos reglamentarios y resoluciones emitidas por la Superintendencia.

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 derecho de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 04 de agosto de 2023 (archivo 18 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor MARCELA PISCIOTTI VAN-STRAHLEN con destino A.F.P. COLFONDOS S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el mes de julio de 1995. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a las A.F.P. COLFONDOS S.A. y a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A, que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar la afiliación del demandante en el Régimen de Prima Media con Presión Definida, y a trasladar la totalidad de los recursos percibidos por cuenta del actor en el RAIS, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculado a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTORICO (Valor de Cada Cotización)} = \text{VALOR INDEXADO}$$

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verifico el giro de recursos correspondiente, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los mismos con destino al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y, en caso de ser insuficientes, se pagaran con los recursos propios con de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. y A.F.P. COLFONDOS S.A., en proporción al tiempo en que estuvo afiliado el demandante en cada una de estas administradoras, sin lugar de descuento alguno. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, los cuales deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, frente a las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada A.F.P. COLFONDOS S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor del demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES y de PROTECCIÓN S.A.

El Juzgado, **basó su decisión fundamentalmente** en que conforme lo señalado en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, las administradoras de fondos de pensiones no podían rechazar la afiliación de las personas que cumplieran con los requisitos para ser afiliados al RAIS, a excepción de las personas que se encontraban excluidas del RAIS según el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, o respecto de las personas que estén restringidas en el régimen de movilidad pensional.

Refirió que, conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 13 de la misma norma, el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor a las sanciones allí previstas, destacándose que la afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, lo que a su juicio implicaba que debía acreditarse los vicios del consentimiento, esto es, el error, la fuerza y el dolo, los cuales a la luz de las pruebas que estaban en el informativo no se acreditaban.

Dijo que, no obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL2929-2022, al analizar un caso fallado en primera instancia

por ese despacho, había indicado que: i) el deber de las AFP de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado; ii) en estos asuntos la carga de la prueba corría por cuenta de las AFP, toda vez que, primero, la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, segundo, 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, tercero, que no era razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego; y iii) la suscripción del formulario de inscripción por parte del afiliado o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares, no libraban a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos.

Afirmó que, correspondía a la AFP Colfondos S.A., demostrar que información le entregó a la demandante al momento de su traslado de régimen pensional, esto era al 31 de julio de 1995, con el fin de determinar si la misma había sido objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, y las consecuencias asociadas al traslado, y que de las pruebas traídas al proceso no se infería el cumplimiento de dicho deber, por lo que debía declararse la ineficacia del cambio de régimen pensional al RAIS realizado a través de la AFP Colfondos S.A., el cual afectaba directamente el efectuado a la AFP Protección S.A.

Indicó que, la AFP Colfondos y Protección S.A., debían reintegrar a Colpensiones los recursos íntegramente percibidos en el RAIS por cuenta de la demandante, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora y en caso de ser insuficientes, apliquen la diferencia con cargo a recursos propios, sin que haya lugar a descontar suma alguna por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía

de pensión mínima, debidamente indexados. Advirtió que en caso de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual, los mismos debían ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional por ser parte estos del Sistema General de Pensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación afirmando que de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución Política las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas debían ceñirse a la buena fe, la cual se presumiría, lo que imponía en cabeza de la promotora del litigio desvirtuar la buena fe con la que había obrado el asesor de la AFP Colfondos que le realizó el traslado de régimen.

Indicó que, una vez seleccionado uno de los dos regímenes, esa vinculación generaba unos deberes y obligaciones para las partes, por lo que el afiliado tenía unas responsabilidades como consumidor financiero, por lo que el deber de información es un conjunto de obligaciones, en el que la afiliada debía ir informada acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales, que le permitieran tomar decisiones informadas con el debido cuidado y atención que merecía su futuro pensional.

Consideró que, al firmar el formulario de traslado al RAIS aceptó regirse por las normas de ese régimen; que no podía desconocerse que el traslado indiscriminado de afiliados al RPM estaba afectando la sostenibilidad financiera del sistema, pues durante años no ha aportado al RPM y no construyó un futuro pensional en ese régimen.

La **AFP Colfondos S.A.**, presentó recurso de apelación argumentando respecto de las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, que la decisión de ineficacia de la vinculación dejaba sin efecto igualmente el contrato entre la AFP y la aseguradora por ausencia de interés asegurable, dado que al desaparecer el acto de la afiliación también lo hacía la obligación de cubrir los siniestros que afectarían a sus afiliados, por lo que el contrato previsional no surtiría efecto alguno, por lo que la compañía aseguradora debía restituir las primas recibidas.

Frente a los gastos de administración, afirmó que estos están destinados a compensar la gestión que desarrollan las AFP en el manejo de los recursos, por lo que ese concepto no hacía parte del capital para financiar las prestaciones económicas del

sistema y por ello se estaría generando un pago de lo no debido a favor de Colpensiones, pues se estaría efectuando un doble pago ya que incluye los rendimientos financieros y lo descontado por administración.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Colfondos y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última 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 la demandante a través de la AFP Colfondos 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 promotora del litigio en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora MARCELA PISCIOTTI VAN-STRAHLEN nació el 09 de enero de 1969; **ii)** que se afilió al ISS donde aportó desde el 15 de enero de 1988, al 31 de agosto de 1995, un total de 352,57 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones el 21 de febrero de 2023 (f.º 58 archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que el **31 de julio de 1995**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 01 de agosto de igual año (f.º 19-20 archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital); y **iv)** realizó un traslado horizontal a la AFP Protección S.A. el 20 de agosto de 1998 con efectividad a partir del 01 de octubre de igual año, en donde permanece hasta la actualidad (f.º 33 y 95 archivo 10 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 –**31 de julio 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).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **31 de julio de 1995**, 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).

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 Colfondos a Protección, o porque le realizaron una reasesoría el 03 de enero de 2012, 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 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 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, 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); 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 y modificar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP Colfondos y Protección 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 la 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 de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, 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 del argumento de la AFP Colfondos S.A., de que la compañía aseguradora debería cubrir las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, advierte la Sala que esta no es procedente, porque esto no fue objeto de debate dentro de este proceso, de tal suerte que de entrarse esta Colegiatura a analizar ese tema, constituiría un hecho o medio nuevo no debatido en primera instancia. No obstante, esa AFP se encuentra en libertad de interponer las acciones que considere necesarias con el fin de obtener la restitución de dichos conceptos.

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 la AFP Colfondos 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: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedara así:

- **ORDENAR** a la **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A** a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia,

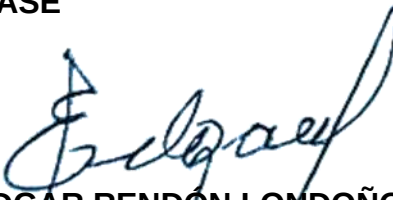
el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, esto es, entre el 1° de agosto de 1995 y el 30 de septiembre de 1998. Al momento de cumplirse esta orden, 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.

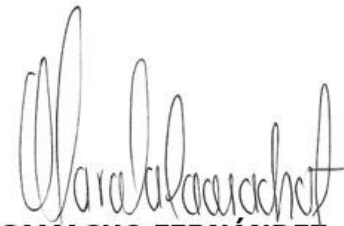
- **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, desde el 01 de octubre de 1998, en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas 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.

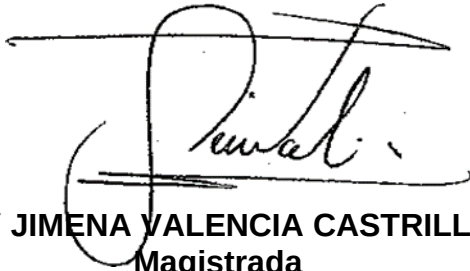
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP Colfondos 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 Colfondos y Colpensiones, la suma de \$1.160.000 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	110013105039202200336-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JOSÉ RAMOS ACOSTA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **JOSÉ RAMOS ACOSTA** 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 le **condene** a trasladar a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, los gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicha AFP con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión en aplicación del artículo 963 del Código Civil; que se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación en el 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 a partir del 01 de octubre de 1979, se afilió al ISS; que se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir mediante formulario de vinculación firmado el 23 de diciembre de 1998, pero que en ese momento no le dieron información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS vs las consecuencias negativas o específicas de abandonar el RPM; que no le entregaron proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de su pensión tanto en el RPM como en el RAIS; ni le informaron i) hasta qué edad debía cotizar en el RAIS y con qué salarios, para alcanzar una pensión de vejez por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en el ISS, para poder conservar su IBL; ii) cuanto capital se exigía para tener una pensión de salario mínimo en el Fondo Privado de Pensiones; iii) que si quería pensionarse antes de la edad requerida o en forma anticipada debía negociar el bono pensional y que esa situación traía como resultado la disminución del valor de su pensión; iv) que de tener cónyuge o compañero(a), o un hijo discapacitado, o menor de edad, el monto de su pensión sería menor que en RPM, toda vez que se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como de sus beneficiarios; y v) sobre su derecho a retractarse de la afiliación al RAIS.

Narró que, solicitó ante Colpensiones y la AFP Porvenir la anulación de su traslado al RAIS, pero que ambas entidades le dieron respuesta negativa a su petición.

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, aceptó que el demandante se vinculó al RPM-ISS; que se trasladó a la AFP Porvenir donde permanece hasta la actualidad, 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 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, 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 07 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 el 23 de diciembre de 1998, y hasta la actualidad, que radicó petición de anulación de afiliación a esa AFP pero que la misma fue negada; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, le suministró al demandante información completa, clara veraz y oportuna, con el fin de darle elementos de juicio suficientes para que tomara la decisión de realizar traslado de régimen pensional, tal como lo estipuló el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

Planteó como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 23 de mayo de 2023 (archivo 13-14, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor JOSÉ RAMOS ACOSTA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de HORIZONTE y con efectividad a partir del 01 de febrero de 1999 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó el régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus rendimientos, bonos pensionales si se han redimido, así como los gastos o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos tres conceptos debidamente indexados al momento de cumplir el fallo.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que se habla en el numeral anterior, y reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas.

(...)

Fundamentó su decisión, en que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecía que la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales era libre y voluntaria por parte del afiliado, so pena de incurrir en las sanciones del artículo 271 de la misma ley, la cual puntualmente era dejar sin efecto la respectiva afiliación.

Sostuvo que, la decisión libre y voluntaria, no se trataba simplemente de plasmar la firma en un formulario de afiliación, sino que iba más allá, pues antes de firmar la AFP debió entregarle la información suficiente y transparente a ese afiliado, esto es, que sea objetiva (neutra), comparada entre los dos regímenes pensionales, y comprensible en el entendido que el potencial afiliado es un lego en materia pensional. Explicó que siempre debía analizarse el caso concreto del posible afiliado, pues no bastaba con hacer una asesoría sobre aspectos generales, y además la información entregada debía ser clara, comprensible y oportuna, aclarando que la oportunidad era al momento del cambio de régimen o estando la persona vinculada a una AFP en cualquier momento previo a la prohibición legal de cambio de régimen.

Expuso que, la carga de la prueba en estos casos le correspondía a la AFP conforme el artículo 1604 del CC, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria, argumento que fundó en la sentencia CSJ SL5680-2021.

Advirtió que, en este caso Porvenir no cumplió con la carga probatoria que le imponían las normas, ya que al proceso no se arrimó ninguna prueba que evidencie que para 1998, cuando se hizo el cambio de régimen pensional, Horizonte hoy Porvenir le hubiese brindado una información suficiente y transparente, concluyendo que al actor no se le había ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Indicó que, el formulario de afiliación por sí solo no podía servir para establecer efectivamente las informaciones y el cumplimiento de ese deber de información en la forma como ha sido desarrollada por la jurisprudencia (sentencia CSJ SL1637-2022), pues allí solo se relacionaba información de carácter personal, sin que de su lectura se extrajera las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. Y que del interrogatorio de parte se evidenciaba que la información a él dada por los asesores de Horizonte solo se limitó a que el ISS se iba a acabar, que esa AFP iba a proteger sus dineros aportados, que iba a tener una muy buena pensión, que su dinero iba a estar en una cuenta de ahorro individual y que en caso de fallecer este podría conformar su masa sucesoral; aspectos que no permitían tener por probado el deber de información.

Concluyó que, declarar la ineficacia del traslado de régimen realizado en 1998 a la AFP Horizonte hoy Porvenir, quien deberá enviar todos los dineros de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y bono pensional de haberse redimido el mismo, junto con los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje que va para la garantía de la pensión mínima desde el momento en que se hizo efectivo el traslado hasta el momento que se cumpla esta sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación, frente a la condena de devolver los gastos o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados. Refirió que los gastos de administración tenían una destinación legal específica establecida en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, sumado a que en ambos regímenes existe la obligación de destinar un porcentaje de la cotización a ese rubro, de manera que con independencia del régimen al cual estuviese afiliado dichos gastos de administración debían ser descontados, por lo que no hacían parte del capital destinado a financiar la pensión de vejez. Agregó que dichas sumas ya habían sido invertidas en la administración de sus aportes con lo cual se había generado unos rendimientos, por lo que no había lugar a reintegrarlas.

Frente a las primas de seguros previsionales, sostuvo que estas estaban en poder de la compañía aseguradora, con la cual se contrató la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte, el cual por mandato legal debía adquirirse en favor del actor, para cubrir las sumas adicionales en caso de ocurrencia del siniestro.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que el actor no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales; que no se acreditó que hubiese existido algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera paso a declarar la ineficacia del traslado; que debía tenerse en cuenta que dentro de las oportunidades legales nunca manifestó, deseo alguno de retractarse de su vinculación al RAIS, donde ha permanecido por más de 20 años, por lo que debe asumir las consecuencias legales de tal decisión.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor 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 Horizonte hoy 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 JOSÉ RAMOS ACOSTA nació el 03 de junio de 1961; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 01 de octubre de 1979, hasta el 31 de enero de 1998, un total de 579,14 semanas según historia laboral expedida por Colpensiones el 16 de noviembre de 2022 (f.º 62 archivo 06, carpeta 1ª inst, exp. Digital); y *iii)* que se el **23 de diciembre de 1998**, trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el que se hizo efectivo a partir del 1º de febrero de 1999 (archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. Digital), AFP en la que se encuentra 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).

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 –**23 de diciembre 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 Horizonte 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 **23 de diciembre de 1998**, 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 1998.

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 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 fue ordenado por el 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 del actor 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 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).

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 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:

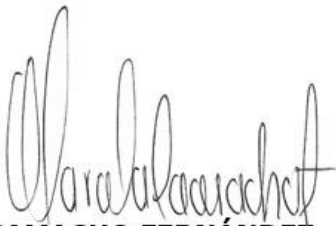
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada emitida por Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de mayo de 2023.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas 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 \$1.160.000, 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	110013105041202100375-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	OLGA YOLANDA PARRA FONNEGRA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **OLGA YOLANDA PARRA FONNEGRA** se **declare** la nulidad o ineficacia o la inexistencia 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 Protección S.A., por omisión al deber de información; en consecuencia, se ordene a esa AFP trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muertes y devolución de los gastos de administración que han sido descontados, sumas adicionales recibidas durante todo el tiempo que ella estuvo en el RAIS; que se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada del RPM, actualizar su historia laboral y reconocerle y pagarle una pensión de vejez; 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 nació el 22 de febrero de 1961; que se afilió al ISS el 20 de octubre de 1986; que el 09 de febrero de 1995, se trasladó al RAIS a través de un formulario de afiliación con la AFP Protección S.A., que no tuvo una asesoría completa, veraz y comprensible acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado de régimen efectuado; que por el contrario el asesor le aseguró que se pensionaría a la edad que quisiera, con el monto que deseara sin explicarle como lograría llegar a eso, ni le entregó una simulación pensional que le permitiera evidenciar las diferencias reales sobre ambos regímenes.

Narró que, el 20 de noviembre de 2007, le realizaron una re asesoría, sin embargo la información dada no fue clara, amplia y suficiente, pues de haber sido así hubiese retornado a Colpensiones en esa data; que la AFP Protección S.A. el 27 de septiembre de 2021, le comunicó que su mesada pensional a los 60 años sería de un SMMLV con garantía de pensión mínima, mientras que en Colpensiones equivaldría a \$1.778.157; que el 27 de septiembre de 2017, petitionó ante Colpensiones el traslado al RPM, o la anulación de su vinculación al RAIS, pero esa entidad le respondió que su elección del RAIS era válida y se encontraba dentro de la prohibición legal para retornar al RPM.

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, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; que se afilió al RPM-ISS; 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 la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia CSJ SL 373 de 2021 a quienes acrediten un derecho

consolidado rais y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, contestó (archivo 14 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; que mediante formulario de afiliación firmado el 09 de febrero de 1995, se trasladó a esa AFP; que le realizó una re asesoría y una proyección pensional; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos.

Aclaró que, el acto de afiliación era existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el mismo se había firmado por la actora en forma libre y espontánea en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre selección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993; que por virtud de este contrato se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante; que al momento de la vinculación a esa AFP no era posible predecir que la mesada pensional a sus 57 años sería inferior en el RAIS que en el RPM, porque le faltaban muchos años de cotización y edad para alcanzar una pensión de vejez.

Explicó que, el monto de la pensión en el RAIS estaba ligada a las situaciones económicas o financieras y cambios normativos como los que ocurrieron con la Resolución 1555 de 2010 (nuevas Tablas de Mortalidad), así como la Resolución 3099 de 2015, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, (fórmulas para calcular el capital necesario que debe acreditarse en una cuenta de ahorro individual para cubrir vitaliciamente una pensión mínima, en las modalidades de renta vitalicia y retiro programado). Sostuvo que NO era posible afirmar que la forma como se liquidaba la pensión en el RAIS hiciera INEFICAZ la afiliación, ya que dicha fórmula estaba consagrada legalmente, tanto en la Ley 100 de 1993, como en los decretos reglamentarios y resoluciones emitidas por la Superintendencia.

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 derecho de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de abril de 2023 (archivo 31-32 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por OLGA YOLANDA PARRA FONNEGRA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PROTECCION S.A., para que, dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, transfiera a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos, comisiones y gastos por administración indexados. Así mismo, la citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

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.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES, una vez hecha la reactivación de la actora al Régimen de Prima Media con prestación definida, y se haya cumplido con el requisito de desafiliarse del sistema general de pensiones, a reconocer y pagar la pensión de vejez bajo los presupuestos de la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, por 13 mesadas pensionales, con la tasa de reemplazo establecida en el artículo 34 de la citada ley, liquidado el IBL conforme el artículo 21 ibídem, estos es, con el promedio de lo devengado en los 10 últimos años de cotizaciones o toda la vida laboral, tomando el más favorable, y teniendo en cuenta la densidad de semanas cotizadas por la demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar el valor del retroactivo pensional causado, de manera indexada desde la fecha de desafiliación del sistema y hasta la fecha en que se haga el pago del mismo, si a ello hubiere lugar.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la demandante, en la suma de \$1.160.000.

OCTAVO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones elevadas en la demanda.

(...)

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que de acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los trabajadores tenían la opción de elegir «libre y voluntariamente» el régimen pensional que mejor les convenía y consulte sus intereses,

pero que esa expresión necesariamente presuponía conocimiento, lo cual solo era posible alcanzar cuando se conocían a plenitud las consecuencias del cambio de régimen.

Explicó 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, que no desconocía que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esa exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría, lo que era relevante, pues implicaba la necesidad, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, que para este caso lo fue en el año 1995, data para la cual la AFP debía ilustrar al afiliado sobre 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.

Sostuvo que, en estos procesos operaba la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, por ende, le correspondía a la AFP demostrar que sí brindó la información en esos términos; y que ni la legislación ni la jurisprudencia exigía para que procediera la ineficacia del traslado, contar con una expectativa pensional o derecho causado, dado que la violación del deber de información se predicaba frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Indicó que, Protección no cumplió con la carga probatoria de acreditar que le ofreció a la demandante una ilustración objetiva, suficiente y oportuna en atención a su situación pensional sobre los efectos del cambio de régimen realizado en el año 1995; y que si bien se había allegado el formulario de afiliación a esa AFP este no permitía evidenciar que en efecto se hubiese suministrado la información en los términos citados, máxime que la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 había fijado el criterio de 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 eran suficientes para dar por demostrado el deber de información, que a lo sumo, acreditaba un consentimiento, pero no informado.

Sostuvo que, del interrogatorio de parte realizado a la actora no se podía extraer una confesión, pues era evidente que la AFP Protección no la había ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y que si bien a este se le había realizado una re asesoría el 20 de noviembre

de 2007, ello no era suficiente para tener por acreditado el deber de información en los términos indicados, porque este debía cumplirse al momento del cambio de régimen y no con posterioridad; en consecuencia, concluyó que declarar la ineficacia del traslado al RAIS efectuado el 09 de febrero de 1995, y ordenaría a esta que dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de esa sentencia, devolviera a Colpensiones todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con las sumas correspondientes a rendimientos, incluyendo 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.

De otro lado, analizó lo referente a la pensión de vejez, advirtiendo que como la demandante no era beneficiaria del régimen de transición su prestación debía analizarse a la luz de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, que exigía 57 años de edad a las mujeres y 1.300 semanas en cualquier tiempo.

Afirmó que, la promotora del litigio, primero, nació el 22 de febrero de 1961, por lo que llegó a los 57 años, en la misma calenda del año 2018; y segundo, según la historia laboral emitida por Protección S.A., al mes de agosto de 2021 contaba con un total de 1.486 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, es decir, que acreditaba los requisitos para acceder a la pensión de vejez pretendida.

Frente a la fecha de disfrute de la prestación, indicó que como quiera que la actora en su interrogatorio de parte había manifestado que aún se encontraba laborando y activa en el sistema general de pensiones, esta quedaba supeditada al retiro efectivo del sistema, momento para el cual Colpensiones debía determinar la cuantía de la pensión de vejez, atendiendo lo señalado en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, para efectos de establecer el IBL, y la tasa de reemplazo, respectivamente, y tomando 13 mesadas anuales.

Explicó que, al momento de Colpensiones reconocer la pensión, debía pagar el retroactivo pensional causado entre la fecha de novedad de retiro del sistema, y la efectiva de pago, debidamente indexado.

RECURSO DE APELACIÓN

Sin recurso alguno.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver 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 la demandante a través de la AFP Protección 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 OLGA YOLANDA PARRA FONNEGRA nació el 22 de febrero de 1961 (f.º 96 archivo 01 carpeta 1ª inst exp digital); *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 20 de octubre de 1986, al 31 de diciembre de 1994, un total de 121,43 semanas (carpeta 13.1, carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* que el **09 de febrero del 1995**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección S.A., la cual se hizo efectiva a partir del 1º de marzo de igual año, y allí permanece hasta la fecha (f.º 49 archivo 14, 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 **–09 de febrero del 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 Protección 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 suscrito el **09 de febrero del 1995**, 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 1995 (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 adocinado 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 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 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); tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de revisión.

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, 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).

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

PENSIÓN DE VEJEZ

Pretende la demandante se reconozca su pensión de vejez, para lo que es necesario verificar lo señalado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, siendo pertinente citar está en su tenor literal:

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.

(...)

Al verificar los requisitos exigidos se tiene que la señora OLGA YOLANDA PARRA FONNEGRA, nació el 22 de febrero de 1961, concluyendo que llegó a los 57 años de edad esa misma calenda del año 2018, data última para la cual debía acreditar 1.300 semanas para acceder a su derecho pensional.

En este orden, encuentra la Sala que en el expediente existe una historia laboral emitida por la AFP Protección el 27 de septiembre de 2021, donde se reporta un total 1.486,57 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, lo que implica que también tiene acreditado el requisito de las semanas de cotización, que recordemos son mínimo 1.300. Por ende, es claro que la promotora del litigio tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida también es necesario la desafiliación del sistema, conforme lo exige el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990; no obstante, en este asunto no se acreditó la novedad de retiro o desafiliación del sistema, y no podemos tener en cuenta la última cotización realizada porque desconocemos si la señora Parra continúa vinculada laboralmente, máxime que esta para la data en que rindió el interrogatorio de parte 08 de agosto de 2022 informó que estaba trabajando y realizando aportes a la AFP Protección S.A.

En consecuencia, tal como lo determinó el juez de instancia Colpensiones al momento de liquidar la pensión de vejez aquí reconocida, deberá dar estricto cumplimiento a lo estipulado en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, para efectos de establecer el IBL y la tasa de reemplazo de la prestación.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia en este asunto.

COSTAS

Sin costas en esta instancia como quiera que se estaba conociendo en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

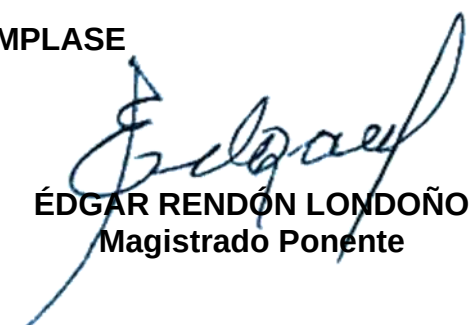
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de abril de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: 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	110013105041202100472-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	BIBIANA ALEXANDRA ROSERO PERAZA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **BIBIANA ALEXANDRA ROSERO PERAZA** se **declare** la nulidad o ineficacia o la inexistencia 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 S.A., por omisión al deber de información. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero recibidas por motivo de su afiliación más los rendimientos financieros; 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 nació el 19 de junio de 1970; que se afilió al ISS

el 16 de octubre de 1992, donde aportó 97 semanas; que a partir del 01 de septiembre de 1994,, se hizo efectivo su traslado al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., entidad que se presentó en las instalaciones de su empleador Prego Televisión S.A., donde dio una charla a todos los trabajadores de este, que en ese momento el asesor había afirmado que el ISS se iba a acabar por una crisis en la que estaba, y los afiliados menores de 30 años de edad tenían que pasarse a Colfondos si querían acceder algún día a una pensión, que les ofreció que podían pensionarse antes de los 55 años de edad y que la mesada sería más alta que en el RPM; que no tuvo una asesoría personalizada, completa, veraz y comprensible acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado de régimen efectuado.

Narró que, el 15 de octubre de 1999, realizó un traslado a la AFP Horizonte S.A, pero que no recibió una asesoría que le permitiera entender las diferencias entre los dos regímenes pensionales, para así escoger el que más le conviniera; que el 17 de noviembre de 2021, radicó ante Colpensiones reclamación administrativa solicitando la nulidad e ineficacia de su afiliación al RAIS, lo cual fue negado por esa entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 17 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; que se afilió al RPM-ISS; 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 la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia CSJ SL 373 de 2021 a quienes acrediten un derecho consolidado RAIS y la innominada o genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.**, contestó (archivo 15 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante se trasladó al RAIS a través de esa AFP mediante formulario firmado el 04 de agosto de 1994; 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 y pago, y la innominada.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 16 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora realizó un traslado de otra AFP a Horizonte hoy Porvenir el 15 de octubre de 1999; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresó el funcionamiento, características y requisitos del RAIS y del RPM, en especial las condiciones para el reconocimiento de la pensión de vejez, motivo por el que su decisión de traslado se hizo de forma libre y sin presiones conforme se dejó plasmado en el formulario de vinculación.

Planteó como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 21 de junio de 2023 (archivo 31-32 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A y COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por BIBIANA ALEXANDRA ROSERO PERAZA, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: RELEVARSE del estudio de las excepciones elevadas por las Demandadas

TERCERO: CONDENAR en las costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandante y a favor de cada una de las demandadas en la suma de \$1.160.000.

(...)

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que de acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 los trabajadores tenían la opción de elegir «libre y voluntariamente» el régimen pensional que mejor les convenía y consulte sus intereses, pero que esa expresión necesariamente presuponía conocimiento, lo cual solo era posible alcanzar cuando se conocían a plenitud las consecuencias del cambio de régimen.

Explicó 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, que no desconocía que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esa exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría, lo que era relevante, pues implicaba la necesidad, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, que para este caso lo fue en el año 1994, data para la cual la AFP debía ilustrar al afiliado sobre 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.

Sostuvo que, en estos procesos operaba la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, por ende, le correspondía a la AFP demostrar que sí brindó la información en esos términos; y que ni la legislación ni la jurisprudencia exigía para que procediera la ineficacia del traslado, contar con una expectativa pensional o derecho causado, dado que la violación del deber de información se predicaba frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Indicó que, en este asunto Colfondos cumplió con la carga probatoria de acreditar que le ofreció a la demandante una ilustración objetiva, suficiente y oportuna en atención a su situación pensional sobre los efectos del cambio de régimen realizado en 04 de agosto de 1994, pues así había sido confesado por la demandante en el interrogatorio de parte, al indicar que ese traslado se había dado en una reunión general que había realizado su empleador sin presencia de un asesor de Colfondos, que allí el director administrativo les dio una charla sobre la crisis del ISS y la afiliación que se haría a Colfondos, llenándose los formularios en ese momento.

Consideró que, en este asunto en particular donde la AFP Colfondos S.A., no participó del traslado de régimen pensional, no se daban los presupuestos fácticos y jurídicos para aplicar la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, en primer lugar, porque no había participado un asesor de Colfondos, segundo, porque la reunión fue convocada por el empleador de ese momento el cual no fue traído a juicio, y tercero, porque conforme lo señalado en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, las administradoras de fondos de pensiones no podían rechazar la afiliación de las personas que cumplieran con los requisitos para ser afiliados al RAIS. En consecuencia, afirmó que absolvería de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación afirmando que el interrogatorio de parte absuelto por la actora había sido equivocadamente valorado, dado que la señora Rosero había informado que el asesor de la AFP Colfondos si había estado presente en la reunión; que de hecho llevaba unas carpetas de esa AFP, pero que la charla había estado dirigida por el área de recursos humanos de su empleador, lo que no era óbice para que Colfondos cumpliera con el deber de información, pues este no estaba autorizado para delegar esa obligación, teniendo entonces una conducta pasiva en la reunión realizada en agosto de 1994, y omitiendo entregar información acerca de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Sostuvo que, existe ineficacia del traslado de régimen cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos

proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Afirmó que, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sancionaba a quien atentara o impidiera, y que en este asunto Colfondos había incurrido en esas conductas al callar, al no dar la información en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia en la reunión de agosto de 1994, por lo que la vinculación de la actora debía quedar sin efecto. Finalmente solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

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 el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos 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 BIBIANA ALEXANDRA ROSERO PERAZA nació el 19 de junio de 1970 (f.º 110 archivo 01 carpeta 1ª inst exp digital); **ii)** que se afilió al ISS donde aportó desde el 16 de octubre de 1992, al 31 de agosto de 1994, un total de 97,86 semanas según historia laboral emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f.º 134 archivo 16, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que el **04 de agosto de 1994**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A., la cual se hizo efectiva a partir del 1º de septiembre de igual año (f.º 19- 20 archivo 15, carpeta 1ª inst. exp. digital); y **iv)** que realizó un traslado a la AFP Horizonte hoy Porvenir el 15 de octubre de 1999 donde ha venido cotizando hasta la fecha (f.º 93-97 archivo 16, 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 **–04 de agosto 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 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).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **04 de agosto de 1994**, 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).

En cuanto al interrogatorio de parte rendido por el actor, advierte la Sala que una vez escuchado el audio en su integridad se encontró que la señora Rosero, indicó:

JUEZ: Indique al despacho para el 04/08/1994 ¿cuál era su grado o nivel de escolaridad?

DEMANDANTE: Ya me había graduado de profesional.

JUEZ: ¿En qué área del conocimiento?

DEMANDANTE: comunicación social

JUEZ: ¿En dónde laboraba para esa fecha?

DEMANDANTE: en Prego.

JUEZ: ¿Cuál era su cargo en esa organización?

DEMANDANTE: Yo entré, señor juez, como asistente de prácticas universitarias y mi cargo en ese momento era asistente de archivo.

JUEZ: Indique el despacho ¿cómo se llevó a cabo su proceso de afiliación con la AFP Colfondos el 04/08/1994? ¿fue en una reunión grupal? ¿una reunión individual? ¿Usted se acercó un punto de atención de Colfondos? ¿cómo se desarrolló? Explíquenos

DEMANDANTE: señor juez, cuando yo hice mis prácticas estudiantiles yo fui vinculada en Prego como provisional, en ese año, ya después de 2 años de estar laborando con Prego ellos quisieron cambiarme a mí la modalidad de mi contrato y la modalidad de varios de los empleados de Prego, ellos nos hicieron una reunión grupal y cuando le digo ellos, es que el director administrativo, el Doctor Peñuela, fue el que nos reunió a decirnos que íbamos a cambiar de contrato laboral, en ese momento, nos estaban también informando otros cambios, por ejemplo, el cambio de la cuenta bancaria, que nos tocaba abrir en otro banco, que nos tocaba cambiar, también iban a cambiar caja de compensación y entre esas nos hablaron del cambio de fondo de pensión porque el seguro social se iba a acabar, lo iban a liquidar, entonces el director administrativo nos hizo como toda la explicación de qué consistía mi relación laboral con Prego, cómo iba a quedar y cuando terminó esa reunión nos pasó a la oficina con la jefa de recursos humanos, quien ella tenía ya todo establecido, la carpeta, todo lo que me tocaba firmar, la certificado para poder abrir mi cuenta en el banco y así fue como terminé yo vinculada a este fondo.

JUEZ: Indique el despacho si ¿en algún momento algún asesor de Colfondos se hizo presente en esa reunión o en el momento en que usted suscribió el formulario de afiliación?

DEMANDANTE: Había un asesor al lado del doctor Peñuela y de Ivette, que era la jefa de recursos humanos. Había un asesor, pero él nunca habló, el que habló siempre fue el doctor Peñuela, siempre, y después, obviamente, la señora de recursos humanos conmigo.

JUEZ: Indique el despacho si ¿al momento de firmar el formulario de afiliación en algún momento participó el asesor de Colfondos?

DEMANDANTE- BIBIANA ROSERO No

JUEZ: ¿O la asesora?

DEMANDANTE: No, la jefe de recursos humanos nos pasó las carpetas y nosotros hicimos las firmas correspondientes porque eran varias, no era solamente eso, sino de otros formularios también.

JUEZ: Indique el despacho, si en este caso que usted nos informa en esa reunión, ¿se presentó algún otro asesor diferente de otro fondo de pensiones o siempre la explicación la dio el director administrativo de Prego?

DEMANDANTE: Siempre la dio al director administrativo, no se presentó nadie.

JUEZ: Correcto, el despacho no tiene más preguntas que realizar y le concede el uso de la palabra el apoderado judicial de la parte demandada, en este caso Colfondos para que inicie con el interrogatorio de parte.

COLFONDOS: Gracias, Señoría, doña Bibiana. Usted le puede aclarar al despacho, en primer lugar, ¿por qué manifiesta que la persona que estaba en ese momento en esa reunión era un asesor de Colfondos?

DEMANDANTE: El doctor Peñuela presentó al señor cuando empezó la reunión y él tomó la palabra.

JUEZ: perdón, doctor, ¿Quién tomó la palabra? ¿el asesor o el doctor Peñuela?

DEMANDANTE: El doctor Peñuela, el asesor no, no se no se dirigió a nosotros todo el tiempo, fue el doctor Peñuela.

COLFONDOS: Segunda pregunta, Doña Bibiana, además de que indicaran que era un asesor de Colfondos, aunque bueno, ese jefe doctor Peñuela, indicara que era un asesor de Colfondos ¿en algún momento usted pues pudo identificar algún símbolo distintivo o alguna... Algo que lo identificara como una persona que representaba Colfondos?

DEMANDANTE: No, no, él estaba de corbata, no recuerdo ningún distintivo. Llevaba carpetas y cosas, pero no recuerdo ningún distintivo.

COLFONDOS: Tercera pregunta, doña Bibiana, usted le puede manifestar al despacho si posterior a esa suscripción del formulario que se hizo a través de la oficina de Recursos Humanos ¿Usted en algún momento se acercó a Colfondos o presentó algún tipo de queja de reclamo de inconformismo?

DEMANDANTE: No, no, ninguna, ninguna.

COLFONDOS: Sus Señorías Colfondos no tienen más preguntas

PORVENIR: señora Bibiana, primera pregunta, ¿por qué en el año 1999 usted se traslada de Colfondos hacia Horizonte?

DEMANDANTE: Es que, si tú te das cuenta, coinciden mis cambios, con mis cambios de trabajo, si revisan mi historia laboral, fue cuando yo cambié de trabajo a Programar y cuando... ¿Aló?

JUEZ: Doctora Dana, mantenga el micrófono o la persona que está hablando en silencio para que la señora Bibiana conteste, continúe señora Bibiana.

(...) En adelante las preguntas corresponden al traslado a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.

De lo anterior, no observa esta Colegiatura una confesión en los términos del artículo 191 del CGP, esto es, que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, por cuanto la deponente en ningún momento informó que para el 04 de agosto de 1994, la AFP Colfondos le hubiese dado una información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada modelo pensional, pues era su deber o su obligación dar a conocer toda la verdad objetiva de los dos regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro, circunstancias que Colfondos S.A. debía probar en este proceso y no lo hizo; y el hecho de que la reunión donde se formalizó el traslado hubiese sido dirigida por el empleador de la actora, no eximia a la AFP de cumplir con su deber de información, pues era este quien tenía la obligación de verificar

que el cambio de régimen se estaba realizando con apego al cumplimiento de las normas legales, que no era solo diligenciar un formulario, **sino que para su eficacia requería garantizar que existió una voluntad informada.**

Así conforme lo planteado en la sentencia CSJ SL1688-2019 las AFP desde su creación 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. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro», lo que implica que Colfondos al momento de recibir el formulario firmado por la actora debió verificar que dicha decisión hubiese sido informada, dado que a ellas se les impuso un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de cumplir estrictamente con el deber de información, pues eran éstas las expertas en la materia.

De otro lado, 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 Colfondos a Horizonte hoy Porvenir, 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.

De otra parte, no 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; 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).

Entonces, al no haber constancia de que la AFP Colfondos S.A., al momento del traslado de régimen pensional hubiese suministrado al afiliado información clara, precisa y oportuna sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de ser esa su carga, trae como consecuencia que el mismo sea declarado como **ineficaz**.

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), por lo que se dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones.

Bajo el anterior contexto, se hace necesario **REVOCAR** la decisión de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante **BIBIANA ALEXANDRA ROSERO PERAZA** el 04 de agosto de 1994, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A., por lo que el acto jurídico del traslado no produjo efectos, pues ante la violación del deber de información dicho acto no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, razón por la cual se impone el regreso automático del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

En consecuencia, se condenará a las AFP Colfondos y Porvenir 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 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 (CSJ SL1055-2022).

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, 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).

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

COSTAS

Las de ambas instancias a cargo de las demandadas Colfondos, Porvenir y Colpensiones, como quiera que el recurso de apelación salió avante y en virtud del numeral 4 del 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 emitida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de junio de 2023, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **BIBIANA ALEXANDRA ROSERO PERAZA** al régimen de ahorro individual el 04 de agosto de 1994 el cual se hizo efectivo a partir del 1° de septiembre de ese mismo año, por intermedio de **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A** a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, 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, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, esto es, entre el 01 de septiembre de 1994, y el 30 de noviembre de 1999. 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.

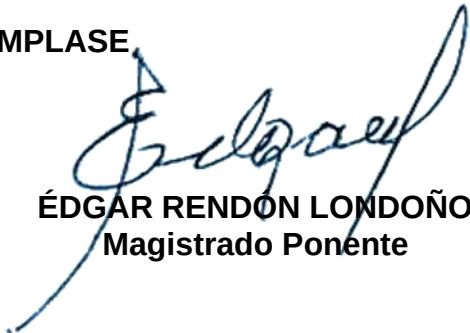
TERCERO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de diciembre de 1999, y en adelante, lo que incluye gastos de administración, 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.

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y AFP COLFONDOS 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, AFP PORVENIR S.A. y AFP COLFONDOS S.A.**, la suma de \$1.160.000, para cada una.



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	110012205000202300903-01
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	CLÍNICA ERASMO LTDA
DEMANDADOS	NUEVA EPS

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte pasiva, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 2 de marzo de 2023.

ANTECEDENTES

La **Clínica Erasmo Ltda.** acude a la presente acción a efectos de que se ordene:

PRETENSIONES

- 1- Que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, DIRIMA el conflicto suscitado y ordene a la NUEVA EPS el pago de las facturas de prestación de servicios de salud relacionadas, por la suma de (\$ 271.455.199 M/L).
- 2- Que la superintendencia de salud ordene el pago de los intereses moratorios según el Decreto 780 de 2016 Artículo 2.5.3.4.13. Reconocimiento de intereses. En el evento en que las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva, el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro, de conformidad con lo establecido en el artículo 7° del Decreto-ley 1281 de 2002 y D. 4747/07. Artículo 24.
- 3- Que la superintendencia de salud ordene a la EPS el pago de las costas, agencias en derecho y gastos del presente proceso.

Como **fundamento de sus pretensiones** señaló en síntesis que es una entidad dedicada a la prestación de los servicios de salud especializados en trauma y fracturas en la ciudad de Valledupar; que prestó sus servicios a los pacientes de la Nueva EPS mediante venta de servicios de salud «*por pago por evento*», tal como lo establece el artículo 2.5.3.4.4 del Decreto 780 de 2016.

Refirió que, en distintas ocasiones ha presentado facturas y cuentas de cobro a la EPS; sin embargo, constantemente realiza devoluciones y glosa extemporánea; que las devoluciones son por falta de soportes diversos los cuales son subsanados por la IPS y presentados a tiempo, pero la EPS accionada ratifica la devolución, o no da respuesta, adicionalmente se niega a conciliar.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **NUEVA EPS** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda; respecto a los hechos indicó que algunas de las facturas presentadas por la parte actora se han venido conciliando, mediante actas 2385 y 12045, para lo cual traía a colación el siguiente resumen:

DETALLE	CANTIDAD	VALOR
CONCILIADA EN ACTA 12045	2	104.150.672
CONTESTADA REINGRESADA POR LA IPS	1	8.403.626
DEVOLUCION	12	158.012.676
ORD GLOSA	1	888.225
Total general	16	271.455.199

Precisó que, las glosas y devoluciones impuestas a las demás facturas se encontraban justificadas a la luz de la normatividad que regía la materia. Propuso como excepciones de fondo, pago, los recursos de la salud tiene un carácter limitado y una destinación específica y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través del Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 2 de marzo de 2023, resolvió:

PRIMERO:	RECONOCER PERSONERÍA para actuar al abogado GERARDO ORDOÑEZ, identificado con la C.C. 91.270.866 de Bucaramanga y Tarjeta Profesional N° 80.640 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado judicial de NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS S.A.
SEGUNDO:	DECLARAR la no prosperidad de la excepción de pago propuesta por el apoderado de la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS S.A. de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.
TERCERO:	ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones de la demanda formuladas por la CLÍNICA ERASMO LTDA. contra la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS S.A. conforme a las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta providencia.
CUARTO:	Declarar que las facturas CD206073 , CD200404 , y CD198125 , presentan glosas y/o devoluciones formuladas por NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS S.A. de manera <u>extemporánea</u> , en cuantía de CIENTO DOCE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$112.554.298) M/CTE.
QUINTO:	Declarar que la factura No. CD205912 , presenta glosas y/o devoluciones de <u>cobertura</u> , formuladas por NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS S.A. que resultaron <u>fundadas</u> y <u>extemporáneas</u> , en cuantía de CINCO MILLONES TRES MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$5.003.400) M/CTE.
SEXTO:	Declarar que la factura CD205715 , presenta glosas y/o devoluciones formuladas por NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS S.A. que resultaron <u>fundadas</u> , en cuantía de SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$696.344) M/CTE.
SÉPTIMO:	Declarar que las facturas CD195799 , CD182631 , CD194856 , CD179099 , CD203375 , CD204888 , CD195841 , CD197379 , CD160640 , CD181581 , y CD179922 , presentan glosas y/o devoluciones formuladas por NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS S.A. que resultaron <u>infundadas</u> , en cuantía de CIENTO CINCUENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS UN MIL CIENTO CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$153.201.157) M/CTE.
OCTAVO:	CONDENAR a la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS S.A. identificada con NIT 900156264-2, a reconocer y pagar a favor de la CLÍNICA ERASMO LTDA. la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$265.755.455) , correspondiente a las 14 facturas detalladas en los numerales “6.3.2.1. <i>Facturas con glosas y/o devoluciones extemporáneas</i> ” y “6.3.4. <i>Facturas con glosas y/o devoluciones infundadas</i> ” de esta sentencia. Dicho pago deberá realizarse dentro de los cinco (05) días siguientes a ejecutoriada esta providencia.
NOVENO:	CONDENAR a la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS S.A. identificada con NIT 900156264-2, a reconocer y pagar a favor de la CLÍNICA ERASMO LTDA. los intereses moratorios causados sobre las facturas relacionadas en el acápite “6.5. <i>INTERESES MORATORIOS</i> ”, desde la fecha de la radicación de las facturas indicadas en los acápites “6.3.2.1. <i>Facturas con glosas y/o devoluciones extemporáneas</i> ” y “6.3.4. <i>Facturas con glosas y/o devoluciones infundadas</i> ” de esta sentencia, hasta la fecha en que se haga el pago efectivo de las mismas, los cuales deben ser liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para el periodo del pago.
DÉCIMO:	CONDENAR a la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS S.A. identificada con NIT 900156264-2, reconocer y pagar a favor de la CLÍNICA ERASMO LTDA. la suma de TRECE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$13.287.772) , por concepto de agencias en derecho.
DÉCIMO PRIMERO:	DENEGAR el reconocimiento y pago de dos (2) facturas por valor de CINCO MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$5.699.744) descritas en los numerales “6.3.2.2. <i>Facturas con glosas y/o devoluciones extemporáneas de cobertura fundadas</i> ” y “6.3.4. <i>Facturas con glosas y/o devoluciones fundadas</i> ” de esta sentencia.
DÉCIMO SEGUNDO:	Contra la presente providencia procede el recurso de apelación ante el TRIBUNAL SUPERIOR – SALA LABORAL del Distrito Judicial que corresponda, el cual deberá presentarse en este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.
DÉCIMO TERCERO:	NOTIFICAR esta sentencia junto <u>con el archivo electrónico elaborado por este Despacho en formato Excel denominado “REVISIÓN PROCESO J-2018-1683”</u> , a la DEMANDANTE CLÍNICA ERASMO LTDA a las direcciones de correo electrónico: clnicaerasmoltda@gmail.com ; juridicaclinicaerasmo@gmail.com y imaya@clinicaerasmo.com y a la DEMANDADA NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS S.A. al correo electrónico secretaria.general@nuevaeps.com.co , y/o en la dirección registrada ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	

Como sustento a su decisión señaló que, conforme a los argumentos expuestos por la EPS en la contestación de la demanda frente a las facturas No. 206073 y 198125, que habían sido conciliadas en acta No. 1205, por valor de \$104.150.672, no se había allegado la mencionada acta, ni el soporte de pago, ni mucho menos el contrato de transacción suscrito entre las partes, por lo cual despachaba desfavorablemente la excepción de pago.

Adujo que, encontraba procedente acceder a las pretensiones de la demanda respecto de 3 facturas, por valor de \$112.554.298, teniendo en cuenta la causal de «glosa y/o devolución» formulada por parte de la entidad responsable del pago de manera extemporánea. De otro lado, sustentó que, de acuerdo a la factura No. CD205912, el demandado había formulado «glosas y/o devolución de manera extemporánea», relacionadas con la cobertura en el pago de los servicios de salud, respecto de las cuales se determinaba que resultaban fundadas, por lo que no accedería al pago, lo cual también sucedía con la factura No. CD205715.

Acotó que, en resumen encontraba infundadas 14 facturas de las 16 reclamadas, que debían ser reconocidas por la encartada en la suma de \$265.755.455, y que se detallaban, así:

Descripción	N° de Facturas	Valor Total
Facturas presentadas en la demanda	16	\$ 271.455.199
Facturas con Devoluciones y/o glosas extemporáneas	3	\$ 112.554.298
Facturas con Devoluciones y/o glosas extemporáneas de cobertura fundadas	1	\$5.003.400
Facturas con Devoluciones y/o glosas fundadas	1	\$696.344
Facturas con Devoluciones y/o glosas infundadas	11	\$153.201.157
Totales	16	\$ 271.455.199

RECURSO DE APELACIÓN

La NUEVA EPS apeló la decisión del a quo, argumentando que de acuerdo con la validación realizada a las 16 facturas relacionadas en el expediente, se tenía que dichas facturas se encontraban dentro del proceso Ejecutivo No. 2017-00207, instaurado por la Clínica Erasmo en su contra, proceso que había sido conocido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar – César, el cual se había dado por terminado el 20 de junio de 2019, al haber aprobado el contrato de transacción suscrito por las partes; que como sustento de ello, se había aportado el contrato y los comprobantes de pago.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar: **i)** si las facturas objeto de condena hicieron parte dentro del proceso Ejecutivo No. 2017-00207, que se llevó a cabo en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar – César, y que fueron parte de un acuerdo de transacción que dio lugar a la terminación del proceso el 20 de junio de 2019.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal f.) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

i) Glosas de facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud

En el presente asunto, se tiene que la parte actora reclamó ante el *a quo* el recobro de 16 facturas que fueron presentadas ante la entidad demandada y tuvieron la causal de «glosa y/o devolución» y «glosas y/o devolución de manera extemporánea», hallando el sentenciador de primer grado que 14 de ellas se encontraban infundadas, por lo que procedía el pago de las mismas, advirtiendo que si bien la accionada manifestaba que habían sido parte de un acuerdo de transacción no existía soporte de su afirmación; en esta oportunidad, la pasiva insiste en que las mismas hicieron parte de un proceso ejecutivo que se llevó a cabo en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar – César, y que se terminó por acuerdo de transacción entre las partes, las cuales a la fecha ya se encuentran canceladas.

Como soporte de lo anterior, se allegó el aludido acuerdo que se suscribió entre las partes el día **15 de mayo de 2019** (carpeta 5, carpeta 1 instancia, exp. Digital), en donde se estipuló en su cláusula segunda, que luego de la conciliación realizada mediante actas internas 12045, 12041, 12072 y 12701, sobre el valor de las obligaciones pendientes, se aceptaba la deuda de las obligaciones por la suma de **\$1.277.511.564**, por concepto de capital, intereses, costas procesales, agencias en derecho y demás conceptos reclamados por el prestador dentro del proceso Ejecutivo con radicado No. 20001310300320170020700, que cursaba en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Valledupar; allí mismo se relacionaron las facturas objeto de transacción, encontrándose incorporadas las ordenadas a pagar por el Juez de primera instancia, y que se pueden ver en el siguiente pantallazo resaltadas en amarillo:

131649	162030	188877	186361
131697	162165	189228	195799
132713	162194	189575	197379
133178	162314	189576	197836
133467	162472	189597	199115
134012	162565	189618	199590
134546	162747	189712	200404
135127	162877	189974	206243
135218	163361	190066	207107
135399	164602	192243	207109
136448	164816	192272	207372
136875	164820	192549	208313
136876	164830	192569	208360
137320	164994	193347	208868
137331	164997	193364	209521
138364	165014	193799	209783
138876	165177	194457	210497
139368	165178	194856	211001
139603	165249	195841	211063
139757	165724	196222	211188
140755	165752	196932	211627
140973	165783	197886	211939
141016	165856	198125	213282
141021	165901	199355	213309
141215	166279	200921	213793
141646	166407	201600	213866
141937	166549	203375	213963
142173	166633	203536	214371
143663	166747	203553	215487
144041	167292	204377	215762
144200	167437	204656	215786
144673	167438	204768	216235
145079	167649	204888	216372
145398	167868	205912	216489
147883	167911	206073	216963
147944	168612	170733	152838
148063	168862	170812	152909
148078	168992	171837	153026
148568	169023	172407	153416

NUMERO FACTURA	NUMERO FACTURA	NUMERO FACTURA	NUMERO FACTURA
86662	155464	175409	217536
88535	155482	175897	218316
92501	155581	177304	218703
93037	155739	177480	218742
93062	156180	178551	219327
93141	156300	179099	219663
93769	156465	179195	219696
93980	156588	179922	219814
94311	156671	179923	220243
96638	156896	180446	220432
97014	157221	180449	221275
97507	157607	180757	222219
98702	157805	181550	222373
98757	157846	181581	222795
100748	157940	181964	222914
101298	159083	181965	223079
101606	159084	182443	223335
102352	159733	182538	223431

102591	160639	182631	223473
105448	160640	182698	223898
106610	160940	182699	225875
117985	161171	183896	226296
118686	161411	183970	226474
119586	161445	184198	227444
122061	161549	184205	228178
122243	161643	184241	229218
122363	161663	184673	2087260
122806	161878	184929	18441
122846	161880	185477	154876
123648	161898	185661	158527
124088	161924	186360	180447
124901	161928	186375	181867
124927	162018	188325	182444
127806	162019	188559	183839
128029	162022	188763	184396

Se adjuntó también auto proferido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar – César de fecha 20 de junio de 2019 (carpeta 5, carpeta 1 instancia, exp. Digital), quien conoció del proceso Ejecutivo con radicado No. 20001310300320170020700, al haberle sido asignado por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo CSJCEA19-17, por haber perdido la competencia el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Valledupar. En dicha providencia se aprobó la transacción efectuada por los sujetos que ahora hacen parte del presente litigio y que contiene las facturas que en esta oportunidad se reclaman.

Igualmente, se allegaron los comprobantes de pago en donde consta la consignación que se realizó a la cuenta de ahorros No. 0000001217008721, del banco BANCOLOMBIA los días 19 de mayo de 2017, y 27 de noviembre de 2020, la primera, en la suma de \$1.067.600.197,30, y la segunda, en la suma \$254.415.968, así:

Recibo individual de pagos - Sucursal Virtual Empresas			
 NIT. 890.903.938-8			
Compañía:		NUEVA E.P.S. S.A.	
NIT Compañía:		0900156264	
Fecha Actual:		Viernes, 19 de mayo de 2017 - 09:38 AM	
Número de cuenta:	486507734	Tipo de cuenta:	Ahorros
Entidad:	BANCO DE BOGOTA	Cuenta local:	S
Nombre de beneficiario:	CORPORACION COMFEN	Documento:	000000900330416
Valor:	1.067.600.197,30	Cheque:	0
Concepto:	010000000	Referencia:	776141000000
Estado:	ABONADO EN ENTIDAD DE ACH		
Fecha de aplicación:	12 de Mayo de 2017		

Recibo individual de pagos - Sucursal Virtual Empresas			
 NIT. 890.903.938-8			
Compañía:		NUEVA E.P.S. S.A.	
NIT Compañía:		0900156264	
Fecha Actual:		Viernes, 27 de noviembre de 2020 - 16:43 PM	
Número de cuenta:	00000012170008721	Tipo de cuenta:	Ahorros
Entidad:	BANCO DAVIVIENDA	Cuenta local:	S
Nombre de beneficiario:	FIDUDAVIVIENDA PA	Documento:	000000830053700
Valor:	251.415.968,00	Cheque:	0
Concepto:	010000000	Referencia:	150066000000
Estado:	NUMERO CUENTA INVALIDO		
Fecha de aplicación:	26 de Noviembre de 2020		

Teniendo en cuenta las pruebas arrimadas a esta instancia, se procedió a través de auto de fecha 23 de noviembre de 2023, a decretar las mismas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 del CPTSS y a su vez se corrió traslado de estas a las partes por el término de 3 días de acuerdo a lo establecido en el artículo 110 del CGP, una vez vencido el término no hubo pronunciamiento.

Así las cosas, y como bien se relató precedentemente existe constancia de la transacción efectuada el **15 de mayo de 2019**, entre las partes y aceptada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar – César de fecha **20 de junio de 2019**, encontrándose incluidas dentro de la misma las facturas objeto de condena por el Juez de primer nivel. No obstante, se evidencia con las consignaciones allegadas al proceso que, con las mismas no pueden considerarse que correspondan al pago de la obligación contenida en el acuerdo mencionado, toda vez que la consignación realizada por la accionada a la cuenta de ahorros No. 486507734, del banco Bancolombia por la suma de \$1.067.600.197,30, tiene como fecha de aplicación **19 de mayo de 2017**, es decir, que corresponde a una calenda muy anterior a la fecha en que se realizó la transacción, demostrándose con ello que el valor consignado no es parte de ese acuerdo, pues al revisarse su cláusula tercera, allí se estipuló que el valor acordado por la suma de \$1.277.511.564, se pagaría en dos cuotas, la primera cuota del 50% a los 10 días, luego de firmada la transacción y presentada la terminación conjuntamente ante el Juzgado y el 50% restante sería cancelada un mes calendario siguiente al pago de la primera cuota, lo que significa que se plasmaron unas fechas posteriores a la que contiene la consignación aportada, y no se dijo nada en el contrato que ya existiera un pago frente a esa obligación.

De otro lado, en cuando a la segunda consignación realizada a la cuenta de ahorros No. 12170008721 de fecha **26 de noviembre de 2020**, se evidencia que tiene como estado «**número de cuenta invalido**», por lo que no existe constancia que en efecto el valor allí plasmado haya logrado ingresar a la cuenta de la entidad accionante. Por consiguiente, al no existir constancia plena respecto de que la encartada cumplió con el

pago de las facturas que se ordenaron cancelar por parte del *a quo*, y que fueron aceptadas por ellos dentro del acuerdo de transacción allegado, no habrá más lugar que confirmar la decisión de primera instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 2 de marzo de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110012205000202301045-01
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	DANIEL AMMI PUENTES MORALES
DEMANDADOS	EPS MEDIMAS EN LIQUIDACIÓN

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte pasiva, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 29 de septiembre de 2022.

ANTECEDENTES

El señor **DANIEL AMMI PUENTES MORALES** acude a la presente acción a efectos de que se ordene el reembolso de la suma de \$3.289.400, por gastos en que incurrió por concepto de atención a urgencias (carpeta 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Fundamentó sus pretensiones señalando que en el mes de enero de 2019, solicitó cita médica por medio de la EPS Medimás con el médico general, debido a que estaba presentando manchas en su órgano genital, una vez atendido por el médico fue remitido al especialista urólogo y se le ordenaron exámenes; sin embargo, le

manifestaron que no tenían agenda, por lo que debió insistir en varias oportunidades, pero siempre le informaban que no había cupo, ni convenios.

Relató que, es inspector de ensayos no destructivos, por lo que debe viajar por diferentes pueblos y ciudades de Colombia; que debido a los distintos climas en que debe estar sometido, comenzó a presentar manchas más grandes, llagas y dolor intenso; que dado a que la entidad demandada no tenía agenda, se vio en la necesidad de tener que pagar una cita particular por consulta externa de urgencias con un Urólogo en la ciudad de Barrancabermeja – Santander, quien le ordenó medicamentos de alto costo y una cirugía que fue programada para el 11 de octubre de 2019, en donde se realizó una biopsia, para determinar la causa de la enfermedad.

Agregó que, el día 21 de octubre de 2019, le entregaron los resultados de la biopsia en la que se diagnosticó «*carcinoma escamoso in situ e infiltrante*», considerando el Urólogo que debía hacerse una intervención de urgencia para evitar que el cáncer avanzara, así como otra biopsia para evaluar que tanto había avanzado el «*carcinoma*»; que el día 10 de noviembre de esa misma anualidad, le entregaron los resultados, en los que se diagnosticó:

DIAGNISTICO (sic) ANATOMOPATOLOGICO (sic) 2:

Pieza quirúrgica correspondiente a penectomía (sic) parcial que muestra, carcinoma escamoso infiltrante, moderadamente diferenciado, grado II, ulcerado y abscedado, localizado en el glande, abarcando un área de 4X1,5 cm. La lesión se encuentra completamente reseca.

Non (sic) se observa infiltración linfática, ni perineural.

Uretra peneana y cuerpos cavernoso, no afectado por el tumor.

Extensas áreas de carcinoma IN situ, en las cercanías de la lesión.

Recomendación del urólogo, seguir con el proceso en el instituto de cancerología de Colombia.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

MEDIMAS EPS en liquidación, contestó oponiéndose a la pretensión de la demanda; frente a los hechos indicó que las autorizaciones con el médico general y de los servicios solicitados se le habían otorgado en el término adecuado y prudente cuidando la salud del usuario; recalcó que, era importante tener en cuenta que el afiliado como bien lo señalaba en sus hechos viajaba con frecuencia; por tanto, la solicitud de los servicios debía ser autorizada en el lugar donde estuviera; sin embargo, en su caso en se habían prestado los servicios con la red habilitada para su atención; además, no se encontraba solicitud de reembolso, incumpliendo con lo dispuesto en la resolución No.

5261 de 1994. Como medio de defensa, propuso la excepción de incumplimiento de las obligaciones del usuario (carpeta 03, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, a través del Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 29 de septiembre de 2022, decidió:

RESUELVE

PRIMERO.	ACCEDER PARCALMETE a la pretensión formulada por el señor Daniel Ammi Puentes Morales, en contra de la EPS Medimás, en liquidación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
SEGUNDO.	ORDENAR a Medimás EPS, en liquidación, reconocer y pagar a favor del el señor Daniel Ammi Puentes Morales el valor de dos millones novecientos setenta y un mil pesos (\$2.971.000,00), teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010, que consigna las reglas para el pago de obligaciones litigiosas originadas durante el proceso liquidatario.
TERCERO.	Sin condena en costas.
CUARTO.	APELACIÓN. La presente sentencia puede ser objeto del recurso de apelación para que de ella conozca, en segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral, del domicilio del apelante. El recurso de apelación deberá interponerse ante este despacho, dentro del término de tres (3) días, contados a partir del día siguiente a la notificación de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el

Como sustento a su decisión, señaló que, para definir el asunto iba a tener en cuenta los diferentes medios de pruebas allegados al proceso, así como la verificación de los documentos médicos realizado por el profesional de la medicina José Agustín Arias Millán, integrante del grupo de apoyo especializado de la entidad.

Sostuvo que, al proceso se había aportado ordenes de servicio No. 208370606 del 27 de mayo de 2019, para estudio de coloración básica de biopsia, 24086590 del 27 de mayo de 2019, para consulta con urología, 2486994 del 27 de mayo de 2019, para hemograma III, emitidas por la EPS MEDIMAS; sin embargo, señalaba el demandante que no había sido posible acceder a estos servicios por motivos de agenda; en consecuencia había acudido el 11 de octubre de 2019, a consulta particular con el Doctor Alberto Cárdenas, quien realizó un procedimiento de circuncisión, código 9803, el cual había permitido diagnosticar «carcinoma escamoso infiltrante moderadamente diferenciado grado 2, ulcerado y absceso localizado en el glande», el 5 de noviembre de 2019, es decir, que el actor padecía de cáncer de pene.

Acotó que, en el presente asunto quedaba demostrado que la EPS accionada había infringido las normas referentes a la continuidad del servicio médico, en tanto, si bien había autorizado unos servicios, no había sido posible su agendamiento, lo cual

En el presente asunto, no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el demandante fue diagnosticado el 1 de noviembre de 2019, con «carcinoma escamoso infiltrante, moderadamente diferenciado, grado II, ulcerado y abscedado, localizado en el glande, abarcando un área de 4x1,5 cm», de origen cancerígeno; y *ii)* que la entidad accionada expidió las órdenes médicas No. 208370606 del 27 de mayo de 2019, para estudio de coloración básica de biopsia, No. 24086590 del 27 de mayo de 2019, para consulta urológica, No. 2486994 del 27 de mayo de 2019, para hemograma III.

i) Procedencia de reembolso de gastos médicos

En miras de resolver la litis planteada, se tiene que la obligación por parte de las EPS de reembolsar a sus afiliados los gastos en que estos hubieran tenido que incurrir por concepto de salud se encuentra regulada en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, en donde se ha precisado los eventos concretos en los que opera, así como el trámite para su obtención, así:

ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. *Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios (subrayado y negrilla fuera del texto original). La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.*

De otro lado, ha precisado la Corte Constitucional que las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, como el cáncer tienen derecho a una protección reforzada por parte del Estado, la cual se traduce en el deber de brindarles acceso sin obstáculos y al oportuno tratamiento integral para la atención de su patología; así se dijo en sentencia **T-387/2018**, en la cual señaló:

17. Como desarrollo del principio de igualdad material consagrado en el artículo 13^[46] constitucional, este Tribunal ha dispuesto reiteradamente que ciertas personas, debido a su estado de mayor vulnerabilidad y debilidad manifiesta, son sujetos de especial protección constitucional y, por lo tanto, merecedoras de especial protección en el Estado Social de Derecho.

Dentro de esta categoría, en desarrollo de los artículos 48^[47] y 49^[48] de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha incluido a las personas que padecen enfermedades

catastróficas o ruinosas, como el cáncer^[49]. Por esta razón, ha dispuesto que esta población tiene derecho a protección reforzada por parte del Estado, la **cual se traduce en el deber de brindarles acceso sin obstáculos y al oportuno tratamiento integral para la atención de su patología**. En particular, sobre el alcance de esta protección, la Corte señaló en **Sentencia T-066 de 2012** lo siguiente:

“Esta Corporación ha sido reiterativa en su deber de proteger aquellas personas que sufren de cáncer, razón por la cual ha ordenado a las entidades prestadoras del servicio de salud autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS (...)” (Subrayas fuera del original)^[50].

18. Como se observa, una de las reglas decantadas por este Tribunal **respecto de las personas que padecen cáncer u otras enfermedades catastróficas es el derecho que éstas tienen a una atención integral en salud que incluya la prestación de todos los servicios y tratamientos que requieren para su recuperación, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el Plan Obligatorio de Salud o no**^[51].

En suma, esta integralidad a la que tienen derecho esta clase de pacientes cuyo estado de enfermedad afecte su integridad personal o su vida en condiciones dignas, significa que la atención en salud que se les brinde debe contener **“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”**^[52].

Lo anterior permite inferir que la integralidad comprende no solo (i) el derecho a recibir todos los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico, tratamientos y cualquier otro servicio necesario para el restablecimiento de la salud física, conforme lo prescriba su médico tratante, sino también (ii) la garantía de recibir los servicios de apoyo social en los componentes psicológico, familiar, laboral y social que requieran los pacientes con cáncer para el restablecimiento de su salud mental^[53].

Además, que el servicio de salud que se les brinde debe ir orientado no solo a superar las afecciones que perturben las condiciones físicas o mentales de la persona, sino, también, (iii) “a sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad personal (...) a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que su entorno sea tolerable y digno”^[54].

19. La Corte Constitucional ha establecido igualmente que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta. Es decir, que los jueces de tutela que reconocen y ordenan que se brinde atención integral en salud a un paciente “se encuentran sujet[o]s a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente”^[55]. De este modo, las indicaciones y requerimientos del médico tratante deben ser las que orienten el alcance de la protección constitucional del derecho a la salud de las personas. Así lo dispuso la **Sentencia T-607 de 2016** respecto de las personas que padecen cáncer:

“(..) a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, continúa y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente”.

Por otro lado, este principio de integralidad tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio y evitar al paciente interponer una acción de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por el médico tratante. Por ello, en desarrollo del mismo, el juez de tutela tiene la facultad de ordenar que se garantice el acceso a todos los

*servicios “que el médico tratante valore como necesario[s] para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente”^{156]}. **Esta continuidad se materializa en que el tratamiento integral debe ser brindado “de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”.***

[...]

*26. Considera esta Corporación que **ante la seriedad de la problemática, es preciso que tanto los jueces constitucionales, como las entidades encargadas de la inspección, vigilancia y control de la prestación de servicios oncológicos cataloguen la demora en la prestación de servicios de salud a este tipo de pacientes como un verdadero incumplimiento de sus obligaciones legales y constitucionales, y en esta medida adopten las acciones debidas para sancionar, por la vía judicial o administrativa, el incumplimiento de las entidades encargadas de la prestación de servicios de salud por falta de oportunidad.** Lo anterior, debido al rápido deterioro de la salud que, debido a una espera injustificada, puede llegar a sufrir un paciente de estas características, y a los mayores costos que la falta de oportunidad le está generando al SGSSS. (Negrilla texto original)*

Por las anteriores razones, advierte la Corte la necesidad de instar a la Superintendencia Nacional de Salud para que dinamice de forma urgente los compromisos adquiridos mediante la Circular 04 de 2014 respecto de las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer, y desarrolle medidas urgentes que permitan mejorar la oportunidad para el diagnóstico y la atención eficaz del cáncer en Colombia. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En el caso bajo estudio, se tiene que el señor Daniel Ammi Puentes Morales el día 1 de noviembre de 2019, fue diagnosticado con «*carcinoma escamoso infiltrante, moderadamente diferenciado, grado II, ulcerado y abscedado, localizado en el glande, abarcando un área de 4x1,5 cm*», de origen cancerígeno, pronóstico al cual se llegó a través de los servicios médicos particulares que tuvo que adquirir, dado que la entidad accionada si bien expidió las órdenes médicas desde el 27 de mayo de 2019, para la remisión al especialista, así como los exámenes médicos de diagnóstico, lo cierto fue que no las atendió de manera oportuna, pues no demostró en esta oportunidad que hubiese dado trámite a las mismas; por el contrario, aduce el accionante que solicitó los servicios médicos ante la entidad y siempre le contestaron que no había agenda, versión que no fue desvirtuada por la encartada.

Así las cosas, no resultan razonables los argumentos del recurrente, respecto de que no hay lugar a reconocer el reembolso dado que expidió las órdenes médicas y el actor decidió de manera voluntaria acudir al médico particular, pues es evidente que ante los padecimientos derivados de la enfermedad, el señor Daniel Puentes se vio en la necesidad de tener que costear de su propio bolsillo el médico especialista, quien determinó una vez realizados los procedimientos y tratamientos médicos necesarios que la enfermedad era de carácter urgente, situación que debió prever la accionada una vez el actor acudió ante el médico general inscrito ante dicha institución, indicándole sus dolencias, procediendo a agendar de manera inmediata las órdenes expedidas, pues tal y como lo ha enseñado la Corte Constitucional en la sentencia previamente citada en los casos en que haya sospecha de cáncer, la EPS está en la obligación de continuar con

los tratamientos que se requieran para lograr el diagnóstico y tratar la enfermedad, enseñando dicha jurisprudencia que la continuidad se materializa en que el tratamiento integral debe ser brindado «*de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad*».

Bajo tal escenario, resulta claro que MEDIMAS no cumplió con sus obligaciones como prestadora del servicio de salud, por lo que procede el reembolso de los gastos en que incurrió el demandante en los términos señalados por el *a quo*, pues los valores estipulados en su decisión no fueron objeto de discusión.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través del Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, proferida el 29 de septiembre de 2022, conforme a los razonamientos expuestos en esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110012205000202301109-01
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	JOSÉ DEL CARMEN QUINTERO NAVARRO
DEMANDADOS	EPS MEDIMAS EN LIQUIDACIÓN

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte pasiva, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 30 de junio de 2022.

ANTECEDENTES

El señor **JOSÉ DEL CARMEN QUINTERO NAVARRO** acude a la presente acción a efectos de que se ordene:

- Solicito muy respetuosamente a su entidad ordenar a Medimas EPS al reembolso de los dineros sufragados por mi persona, por concepto de servicios de salud.
- De igual manera solicito iniciar las acciones administrativas correspondientes en contra de la vigilada Medimas EPS.

En escrito de subsanación, el accionante aclaró las pretensiones indicando que MEDIMAS EPS le debía desembolsar por concepto de exámenes de laboratorio la suma

de \$325.500, y por concepto de transportes la suma de \$115.000, para un total de \$445.500.

Fundamentó sus pretensiones en que, MEDIMAS EPS en liquidación, tenía una atención inadecuada para con su hija menor de edad J.I.Q.N, toda vez que dilataba la realización de exámenes y no le era entregado a tiempo el subsidio de transporte para sus desplazamientos lo que afectaba su tratamiento, el cual no podía ser interrumpido. Señaló que, de su propio bolsillo, asumió y cubrió los exámenes de laboratorio, así como los transportes, teniendo para ello que conseguir el dinero.

Sostuvo que, instauró acción de tutela el 24 de enero de 2019, contra MEDIMAS EPS en liquidación y que la misma fue de conocimiento del Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Santa Marta bajo el radicado 2019-015, quien en primera instancia negó el amparo; tras ser impugnada la decisión, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Santa Marta revocó el fallo y en su lugar amparó el derecho fundamental deprecado, ordenando a la EPS brindar un tratamiento integral a la menor, incluidos los viáticos, transporte y alimentación para ella y un acompañante en los casos que tuviera que desplazarse fuera de la ciudad de Santa Marta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

MEDIMAS EPS en liquidación, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda; indicó que cumplió a cabalidad con todos los requerimientos de salud de la menor J.I.Q.N y administrativos que sus responsables solicitaron; señaló que, las pretensiones inmersas en la demanda fueron atendidas conforme al cumplimiento de las obligaciones que como usuarios de la EPS les correspondía.

Manifestó que, los reembolsos están regulados por la ley y que tienen unos requisitos claros y expresos para poder ser reclamados ante la EPS, por lo que no era dable que pasados 2 años aproximados del retiro de la afiliación se reclamará el reconocimiento económico de servicios que correspondían al año 2019.

Agregó que, la menor de edad J.I.Q.N a la fecha se encontraba en estado retirado. Adicionalmente, sostuvo que le generó el acceso a los servicios de salud solicitados por sus familiares, que desde el 1 de julio de 2020, la menor está afiliada a la EPS SALUD TOTAL en cumplimiento de lo que se dispuso en la resolución 2379 del 15 de mayo de 2020, donde MEDIMAS EPS debía entregar al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD de acuerdo a la notificación del acto administrativo las bases de datos de los afiliados del Departamento del Magdalena.

Finalmente, indicó que, al estar la usuaria afiliada a otra EPS, no le era viable tramitar cualquier solicitud porque no podía interferir en la prestación de servicios que SALUD TOTAL realizará en virtud del Decreto 780 de 2016.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, a través del Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 30 de junio de 2022, decidió:

PRIMERO-	RECONOCER PERSONERÍA al doctor Christian David Valbuena Jiménez, identificado con cédula de ciudadanía número 1.032.427.852 y tarjeta profesional No. 354.431 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado judicial de Medimás EPS, en liquidación.
SEGUNDO-	ACCEDER PARCIALMENTE a la pretensión formulada por el señor José del Carmen Quintero Navarro, en contra de Medimás EPS, en liquidación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
TERCERO-	ORDENAR a Medimás, en liquidación, reconocer y pagar a favor de señor Jose del Carmen Quintero Navarro la suma de trescientos cinco mil quinientos pesos (\$305.500,00), teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010, que consigna las reglas para el pago de obligaciones litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio.
CUARTO-	APELACIÓN. La presente sentencia puede ser objeto del recurso de apelación para que de ella conozca, en segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral, del domicilio del apelante. El recurso de apelación deberá interponerse ante este despacho, dentro del término de tres (3) días, contados a partir del día siguiente a la notificación de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019.
QUINTO-	NOTIFICAR esta decisión al correo electrónico del doctor Faruk Urrutia Jalilie, agente Liquidador de Medimás EPS, en cumplimiento de lo establecido en el artículo quinto de la Resolución 20223200000000864-6 del 8 de marzo de 2022.
NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE  IVHÓN ADRIANA FLÓREZ PEDRAZA Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación	

Como sustento a su decisión, señaló que, de conformidad con los elementos probatorios allegados, la menor J.I.Q.N residía en la ciudad de Santa Marta; que desde los 6 años presentaba hipotiroidismo manejado con Levotiroxina de 50 mg; que empezó a presentar dolores en las manos, muñecas y rodillas; que el 28 de noviembre de 2018, en la IPS San Pedro Alejandrito la remitió al reumatólogo pediatra; que empezó a ser atendida en MC Cemes Country de la ciudad de Barranquilla, lugar diferente al de su residencia; que tenía controles regulares debido a su patología lo que implicaba que la menor y su padre tuvieran que trasladarse desde su lugar de residencia hasta la ciudad de Barranquilla; que la EPS no le suministraba a tiempo los viáticos para los

desplazamientos; que el padre de la menor instauró acción de tutela; que esta fue resuelta en primera instancia negando el amparo reclamado; que el fallo fue impugnado y en segunda instancia el Juzgado tercero Civil del Circuito de Santa Marta, dispuso:

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR, la sentencia proferida el 7 de febrero de 2019 por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad, al interior de la acción de tutela promovida por el señor **JOSE DEL CARMEN QUINTERO NAVARRO** en representación de la menor **JOEDYS ISABEL QUINTERO VILLAREAL** contra **MEDIMAS EPS**, la cual quedará así:

- 1.1 Confirmar su numeral primero en tanto negó la orden de reembolso de los dineros sufragados por el representante de la accionante, según se consideró.
- 1.2 Adicionar un numeral a dicha providencia el cual queda así:
- 1.3 **CONCEDER** el amparo a la salud deprecado por el señor **JOSE DEL CARMEN QUINTERO NAVARRO** en favor de su menor hija **JOEDYS ISABEL QUINTERO VILLAREAL**, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.
- 1.4 **ORDENAR** a **MEDIMAS EPS** brindar un tratamiento integral a la menor **JOEDYS ISABEL QUINTERO VILLAREAL**, esto es, el suministro de medicamentos, exámenes diagnósticos y demás seguimientos prescritos por su médico tratante adscrito a esa EPS, como también que se le sufraguen los viáticos, transporte, alojamiento, alimentación a ella y a su acompañante en los casos en que dichos exámenes y/o tratamientos deban seguirse

Manifestó que, frente a la respuesta dada por MEDIMAS EPS debía señalarse que, si bien la menor J.I.Q.N había sido trasladada de EPS, los hechos motivo de la reclamación habían sucedido, estando ella afiliada a dicha EPS, según constaba en el registro de consulta de afiliados y compensados del ADRES.

Mencionó que, el derecho a la salud como garantía fundamental cuenta con un conjunto de principios que constituyen criterio de orientación para su efectiva garantía, y que por ellos las EPS e IPS deben eliminar y evitar la imposición de actos o medida que constituyan barreras, límites o impedimentos para que un usuario acceda a los servicios de salud requeridos en debida forma, citando como referencia la sentencia T-120 de 2017.

Sostuvo que, el transporte se hacía necesario como medio de acceso al servicio de salud que necesitaba la demandante y que, aunque este servicio no tenía la naturaleza de prestación médica, se había considerado que en ciertos momentos tenía una estrecha relación con las garantías propias del derecho a la salud. Advirtió que, el usuario se afilió a la aseguradora en salud, y no al prestador de servicio de salud, ni a un tercero, y quien se comprometía entonces en la calidad, oportunidad, eficiencia en el servicio, en el manejo de la salud y la vida era el asegurador, derivado todo esto de la responsabilidad contractual establecida por la firma del contrato de aseguramiento.

Expresó que, MEDIMAS EPS no garantizó el transporte para el traslado de la menor a sus controles de reumatología pediátrica en la ciudad de Barranquilla, pues en la respuesta allegada al despacho no relacionaba como tal los gastos de transporte del día 1 de febrero de 2018, reclamados. Acotó que, además, se encontraba un fallo de tutela en donde se le habían amparado los derechos de la menor, ordenándose

suministrar un tratamiento integral, incluidos viáticos, transporte y alimentación, tanto de la accionante como de su acompañante en los casos en que tuviera que desplazarse fuera de la ciudad de Santa Marta.

Refirió que, el servicio había sido autorizado directamente por la EPS, al remitirse a la menor a un prestador de un municipio distinto al de su residencia, en ese orden de ideas, la especialidad a la cual había sido remitida se encontraba en aquellas nombradas por el artículo 10 de la Resolución 5857 de 2018, reumatología pediátrica, constituyéndose esto en la puesta de entrada al sistema.

Por otra parte, arguyó que, respecto a las facturas objeto de reembolso, no todas cumplían con los requisitos establecidos en el Estatuto Tributario para documento equivalente a factura, tales como, número consecutivo, nombre, NIT del prestador, servicio médico prestado que coincida con la solicitud de reembolso.

Concluyo que, verificadas las facturas de venta y recibos aportados por el demandante, se estableció que se encontraron soportados los gastos de transporte por valor de \$90.000 y el costo de los exámenes de laboratorio, así:

FACTURA/RECIBO	FECHA	PRESTADOR	CONCEPTO	VALOR	FOLIO
No.140887	12/2/19	Berlinave	Santa Marta – Barranquilla	\$15.000	11
No. 148057	12/2/19	Berlinave	Barranquilla – Santa Marta	\$15.000	11
No. 147217	15/2/19	Berlinave	Santa Marta – Barranquilla	\$30.000	11
No. 145798	15/2/19	Berlinave	Barranquilla – Santa Marta	\$30.000	11
No. SM32197	04/12/18	Sociedad Medica de Santa Marta S.A.S	Laboratorio clínico	\$215.000	18
TOTAL				\$305.500	

RECURSO DE APELACIÓN

MEDIMAS EPS (EN LIQUIDACIÓN) apeló la decisión del *a quo*, solicitando la terminación y archivo del proceso; recalcó que, mientras la usuaria estuvo afiliada a la entidad se le generaron los siguientes servicios:

Nitips	Nombre IPS/Atencion	Codigo Meon Servicio	Descripcion Meon Servicio	Descripcion Servicio	Fecha Prestacion	Nro Autorizacion	Codigo DX/CIE 10	Descripcion DX/Cie10
800215908	ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A	940	NASOFIBROLARINGOSCOPIA	NASOFIBROLARINGOSCOPIA	1/6/2018	0	Z000	Examen medico general
901193609	UT RUTAS OTTE	280353	SERVICIO DE HOTEL CON ALIMENTACION (DESAYUNO, ALMUERZO Y COMIDA) A NIVEL NACIONAL	SERVICIO DE HOTEL CON ALIMENTACION (DESAYUNO, ALMUERZO Y COMIDA) A NIVEL NACIONAL	8/1/2019	210222387	Z000	Examen medico general
901193609	UT RUTAS OTTE	159297	SERVICIO DE HOTEL CON ALIMENTACION (DESAYUNO-ALMUERZO Y COMIDA) A NIVEL NACIONAL	SERVICIO DE HOTEL CON ALIMENTACION (DESAYUNO-ALMUERZO Y COMIDA) A NIVEL NACIONAL	8/1/2019	0	Z000	Examen medico general
32769398	TATIANA GONZALEZ VARGAS	3123	REUMATOLOGIA PEDIATRICA CONSULTA	REUMATOLOGIA PEDIATRICA CONSULTA	8/2/2019	205787500	Z000	Examen medico general
890102768	ORGANIZACION CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A	34985	BIOPSIA PERCUTANEA DE TIROIDES GUIADA POR ECOGRAFIA	BIOPSIA PERCUTANEA DE TIROIDES GUIADA POR ECOGRAFIA	5/4/2018	192036136	E041	Nodulo tiroideo solitario no toxico
900963126	RED MED RED MEDICA ESPECIALIZADA DE COLOMBIA S.A.S.	273599	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ENDOCRINOLOGIA PEDIATRICA	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ENDOCRINOLOGIA PEDIATRICA	10/5/2019	212066211	E041	Nodulo tiroideo solitario no toxico
900963126	RED MED RED MEDICA ESPECIALIZADA DE COLOMBIA S.A.S.	273599	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ENDOCRINOLOGIA PEDIATRICA	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ENDOCRINOLOGIA PEDIATRICA	8/24/2019	210796471	E041	Nodulo tiroideo solitario no toxico
901193609	UT RUTAS OTTE	134355	TRANSPORTE ESPECIAL URBANO REDONDO	TRANSPORTE ESPECIAL URBANO REDONDO	10/9/2019	210222328	M255	Dolor en articulacion
800222844	RADIOIMAGENES RADIOLOGICOS ASOCIADOS S.A.S.	2088	ECOGRAFIA DE ABDOMEN TOTAL (HIGADO, PANCREAS, VESICULA BILIARES, RIÑONES, BAZO, GRANDES VASOS, PELVIS Y FLANCOS)	ECOGRAFIA DE ABDOMEN TOTAL (HIGADO, PANCREAS, VESICULA BILIARES, RIÑONES, BAZO, GRANDES VASOS, PELVIS Y FLANCOS)	8/6/2019	210071840	Z000	Examen medico general
800215908	ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A	3152	OTORRINOLARINGOLOGIA CONTROL	OTORRINOLARINGOLOGIA CONTROL	2/21/2018	0	Z000	Examen medico general
800215908	ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A	3148	ENDOCRINOLOGIA PEDIATRICA CONTROL	ENDOCRINOLOGIA PEDIATRICA CONTROL	12/12/2017	0	Z000	Examen medico general

800215908	ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A	3148	ENDOCRINOLOGIA PEDIATRICA CONTROL	ENDOCRINOLOGIA PEDIATRICA CONTROL	1/26/2018	0	Z000	Examen medico general
800215908	ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A	2333	PEDIATRIA CONSULTA	PEDIATRIA CONSULTA	2/13/2018	0	Z000	Examen medico general
800215908	ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A	3147	ENDOCRINOLOGIA PEDIATRICA CONSULTA	ENDOCRINOLOGIA PEDIATRICA CONSULTA	8/30/2017	0	Z000	Examen medico general
800215908	ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A	2331	OTORRINOLARINGOLOGIA CONSULTA	OTORRINOLARINGOLOGIA CONSULTA	2/21/2018	192679507	Z000	Examen medico general
800215908	ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A	3147	ENDOCRINOLOGIA PEDIATRICA CONSULTA	ENDOCRINOLOGIA PEDIATRICA CONSULTA	2/15/2019	0	A08X	Diarrea y gastroenteritis de presunto origen infeccioso
901193609	UT RUTAS OTTE	125603	TRASLADO SIMPLE URBANO ESPECIAL	TRASLADO SIMPLE URBANO ESPECIAL	8/1/2019	210222360	M255	Dolor en articulacion
800215908	ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A	2992	ECOGRAFIA DE TIROIDES	ECOGRAFIA DE TIROIDES	1/5/2018	0	Z000	Examen medico general
890102768	ORGANIZACION CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A	47463	MATERIALES DE SUTURA Y CURACION AGENTES Y GASES ANESTESICOS	MATERIALES DE SUTURA Y CURACION AGENTES Y GASES ANESTESICOS	5/4/2018	0	E041	Nodulo tiroideo solitario no toxico
890102768	ORGANIZACION CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A	115509	SALA DE ENDOSCOPIA	SALA DE ENDOSCOPIA	5/4/2018	0	E041	Nodulo tiroideo solitario no toxico
800222844	RADIOIMAGENES RADIOLOGICOS ASOCIADOS S.A.S.	2992	ECOGRAFIA DE TIROIDES	ECOGRAFIA DE TIROIDES	10/2/2019	211193768	Z000	Examen medico general
890102768	ORGANIZACION CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A	117165	AGUJA ESPINAL 25G x 4 3/4 in (120mm) (UND) (UND)	AGUJA ESPINAL 25G x 4 3/4 in (120mm) (UND) (UND)	5/4/2018	0	E041	Nodulo tiroideo solitario no toxico
890102768	ORGANIZACION CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A	269652	LIDOCAINA CLORHIDRATO 1% SOLUCION INYECTABLE	LIDOCAINA CLORHIDRATO 1% SOLUCION INYECTABLE	5/4/2018	0	E041	Nodulo tiroideo solitario no toxico
890102768	ORGANIZACION CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A	62416	GUANTES ESTERILES LIBRES DE LATEX TALLA 7 (PAR) (PAR)	GUANTES ESTERILES LIBRES DE LATEX TALLA 7 (PAR) (PAR)	5/4/2018	0	E041	Nodulo tiroideo solitario no toxico

Indicó que, como resultado de la validación efectuada en el sistema interno de la entidad, con las implicaciones propias que conllevaba un proceso liquidatorio frente a las

deficiencias de archivo e información, no se tenía registro del radicado, ni evidenciaba la solicitud de reembolso presentada para la J.I.Q.N, por valor de \$305.500; por consiguiente, existía una imposibilidad de cumplimiento.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar: **i)** si procede el reconocimiento y pago de gastos de transporte y exámenes de laboratorio en que tuvo que incurrir el padre de la menor afiliada a la entidad accionada.

En tal sentido, se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto en el numeral 2, literal b.) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

En el asunto bajo examen, no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la menor J.I.Q.V, desde los 6 años fue diagnosticada con hipotiroides, siendo atendida inicialmente en la ciudad de Santa Marta donde residía; que en el mes de noviembre de 2018, fue remitida al especialista en reumatología pediátrica a la ciudad de Barranquilla (carpeta 4, carpeta i instancia, historia clínica, exp. Digital); **ii)** que debido a que la EPS aquí demandada no cumplía con los servicios médicos requeridos, el señor José del Carmen Quintero Navarro, en calidad de padre de la menor, se vio en la necesidad de instaurar una acción de tutela, que fue inicialmente conocida por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Santa Marta, quien declaró improcedente la acción, decisión que fue revocada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Santa Marta, a través de sentencia del 27 de marzo de 2019, en la que ordenó a la EPS MEDIMÁS a suministrar medicamentos, exámenes, diagnósticos y demás seguimientos prescritos por el médico tratante de su hija, como también se le sufragará viáticos, transporte, alojamiento, alimentación y a su acompañante, en los casos de que dichos exámenes o tratamientos debieran seguirse en una ciudad diferente a Santa Marta; **iii)** que los gastos por los cuales se solicita el recobro sucedieron durante la permanencia ante EPS demandada.

i) Procedencia de reembolso de gastos médicos

En miras de resolver la litis planteada, se tiene que la obligación por parte de las EPS de reembolsar a sus afiliados los gastos en que estos hubieran tenido que incurrir por concepto de salud, se encuentra regulada en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, en donde se ha precisado los eventos concretos en los que opera el reembolso, así como el trámite para su obtención, así:

ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Debe recordarse que, son fines primordiales del sistema de seguridad social en salud la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, oportunidad, calidad y eficiencia frente a los riesgos que atentan contra la salud de los usuarios, pues así lo establece el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015.

Asimismo, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a los principios del sistema general de seguridad social en salud, los cuales corresponden a la universalidad, solidaridad, igualdad, obligatoriedad, prevalencia de derechos, equidad, calidad, entre otros.

De otro lado, la Corte Constitucional en sentencia **T- 122/2021**, recordó:

85. El otro principio que resulta pertinente a la luz de los casos de la referencia es el de integralidad. De acuerdo con el Artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, los servicios y tecnologías en salud que requieren los usuarios del Sistema de Salud deben proveerse “de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador.”^[151] De esta garantía se deriva, en los términos de la misma norma, una prohibición de fragmentar “la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.”^[152] Como resultado de este principio, la Corte Constitucional^[153] ha interpretado que el servicio de salud debe ser prestado de manera eficiente,^[154] con calidad^[155] y de manera oportuna,^[156] antes, durante y después de la recuperación del estado de salud de la persona.^[157]

Lo anterior, se armoniza con lo dispuesto en la sentencia CSJ SC2769-2020, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en donde se determinó la responsabilidad civil de las entidades prestadoras del servicio de salud cuando no acatan las obligaciones que tienen con sus afiliados, indicando:

Al entrar a analizar la incidencia de los diferentes eslabones que conforman la cadena de intervinientes dentro del sistema de seguridad social en salud, frente a una deficiente prestación del servicio, en SC13925-2016 se acotó que

(...) la atribución de un daño a un sujeto como obra suya va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas.

Uno de esos deberes es el que la Ley 100 de 1993 les asigna a las empresas promotoras de salud, cuya «función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)». (Art. 177)

Además de las funciones señaladas en esa y en otras disposiciones, las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil.

Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil.

Por supuesto que si se prueba que el perjuicio se produjo por fuera del marco funcional que la ley impone a la empresa promotora, quedará desvirtuado el juicio de atribución del hecho a la EPS, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si la atención brindada al cliente fue por cuenta de otra EPS o por cuenta de servicios particulares; si la lesión a la integridad personal del paciente no es atribuible al quebrantamiento del deber de acción que la ley impone a la empresa sino a otra razón determinante; o, en fin, si se demuestra que el daño fue el resultado de una causa extraña o de la conducta exclusiva de la víctima.

De igual modo, el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 establece que «son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley».

La función que la ley asigna a las IPS las convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio.

El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito.

La atención médica de hoy en día requiere habitualmente que los pacientes sean atendidos por varios médicos y especialistas en distintas áreas, incluyendo atención primaria, ambulatoria especializada, de urgencias, quirúrgica, cuidados intensivos y rehabilitación. Los usuarios de la salud se mueven regularmente entre

áreas de diagnóstico y tratamiento que pueden incluir varios turnos de personas por día, por lo que el número de agentes que están a cargo de su atención puede ser sorprendentemente alto.

Todas esas personas podrían tener un influjo decisivo en el desenvolvimiento causal del resultado lesivo; sin embargo, para el derecho civil no es necesario, ni posible, ni útil realizar un cálculo matemático del porcentaje de intervención de cada elemento de la organización en la producción física del evento adverso. Para atribuir la autoría a los miembros particulares, basta con seleccionar las operaciones que el juez considera significativas o relevantes para endilgar el resultado a uno o varios miembros de la organización, tal como se dijo en páginas precedentes (punto 3.2).

De manera que para imputar responsabilidad a los agentes singulares de la organización, el juez habrá de tomar en cuenta sólo aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario y cargarlos a la cuenta de aquellos sujetos que tuvieron control o dominio en la producción del mismo. De este modo se atribuye el hecho dañoso a un agente determinado, quien responderá en forma solidaria con la EPS y la IPS, siempre que confluyan en ellos todos los elementos de la responsabilidad civil.

El agente médico singular se exonerará del juicio de imputación del hecho como suyo siempre que se demuestre en el proceso que no tenía un deber de cuidado en la atención que brindó al paciente, lo que ocurre, por ejemplo, cuando su intervención no fue jurídicamente relevante o estuvo amparada en una causal de justificación de su conducta; cuando el daño se debió al quebrantamiento de una obligación de acción de la EPS o de la IPS y no a la desatención del deber personal de actuar; o cuando no intervino de ninguna manera ni tenía el deber jurídico de hacerlo.

Así, por ejemplo, si se demuestra en el proceso que el evento adverso se produjo por falencias organizacionales; errores de coordinación administrativa; políticas empresariales que limitan al médico en la utilización del tiempo que requiere para brindar una atención de calidad al usuario; o restringen su autonomía para prescribir los procedimientos, medicamentos o tratamientos que se requieren para la recuperación de la salud del usuario, tales como exámenes de laboratorio, imágenes diagnósticas o ecografías, tomografías axiales computarizadas, etc., o cualquier otra razón atribuible a las empresas promotoras o a las instituciones prestadoras del servicio de salud, entonces los agentes médicos quedarán exonerados de responsabilidad porque el daño ocasionado al cliente del sistema de salud no podrá considerarse como obra suya sino de la estructura organizacional.

[...]

En el reciente pronunciamiento CSJ SC9193-2017 se insistió en que por mandato legal las EPS «son las responsables de cumplir las funciones indelegables del aseguramiento, la representación de los afiliados ante las instituciones prestadoras, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la asunción del riesgo transferido por el usuario», reiterando que

[l]a cultura de calidad total del servicio de salud y seguridad del paciente tiene repercusiones directas en el derecho de la responsabilidad civil, pues en el entorno del sistema obligatorio de calidad de la atención en salud las demoras en la prestación del servicio; el uso de tecnología obsoleta; la ausencia de tratamientos y medicamentos de utilidad comprobada por la medicina evidencial; la despreocupación por la satisfacción del cliente y la falta de atención de sus

necesidades asistenciales; la falta de disciplina en el acatamiento de reglamentos tales como guías, normas técnicas y reglas de diligenciamiento de la historia clínica; la insuficiencia de continuidad e integralidad del servicio; la complacencia frente a malas prácticas y su ocultamiento; y en fin, la carencia de un pensamiento orientado al proceso y desarrollo de estrategias que aseguren un mejoramiento continuo e interminable del servicio de salud que involucre a todas las personas de los distintos niveles de la jerarquía, son circunstancias constitutivas de responsabilidad organizacional por deficiente prestación del servicio cuando lesionan con culpa la integridad personal del paciente; lo que afecta la sostenibilidad económica del sistema por mayores costos de tratamientos de eventos adversos y pagos de indemnizaciones por daños ocasionados a los usuarios.

Como se puede concluir del anterior recuento jurisprudencial, existe un criterio consolidado en lo que implica para las Entidades Promotoras de Salud cumplir a cabalidad con la administración del riesgo en salud de sus afiliados y los beneficiarios de éstos, así como garantizar una idónea prestación de los servicios contemplados en el plan obligatorio de salud, toda vez que su desatención, dilación o descuido, ya sea que provenga de sus propios operadores o de las IPS y profesionales contratados con tal fin, es constitutiva de responsabilidad civil. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

En cuanto al derecho a la continuidad del servicio de salud, la Corte Constitucional en sentencia T-015/2021, dijo:

21. La jurisprudencia constitucional también ha desarrollado ampliamente el derecho a la continuidad en el servicio de salud para lo cual ha establecido y reiterado criterios que deben tener en cuenta la Entidades Promotoras de Salud a fin de garantizar la continuidad de tratamientos médicos ya iniciados.^[29] Así mismo, la Corte ha identificado una serie de eventos en los que las EPS no pueden justificarse para abstenerse de continuar con la prestación de estos servicios,^[30] en razón de los principios de efectividad y eficiencia pero también “en virtud de sus estrecha relación entre el acceso efectivo al Sistema de Salud, como servicio público, y el postulado de confianza legítima, derivado del principio de la buena fe (art. 83 de la C.P.), según el cual, los ciudadanos gozan de la certeza de que su entorno no sufra modificaciones abruptas que no desarrollen un fin constitucional legítimo. En el ámbito de la salud, tal certeza se materializa en la garantía de que a los afiliados no se les interrumpirá injustificadamente su tratamiento médico”^[31] o cualquiera que sea el servicio de salud que se esté prestando, cuya interrupción ponga en peligro los derechos fundamentales a la salud, a la integridad o a la dignidad de los pacientes.

Respecto al suministro de transporte, la misma Corporación se pronunció en sentencia T- 122/2021, en la que indicó:

7. Reiteración de jurisprudencia: el servicio de transporte intermunicipal para un paciente ambulatorio debe ser cubierto por la EPS cuando el usuario lo requiere para acceder al servicio en el prestador autorizado por la entidad

99. De conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corte, una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella cuando se abstiene de pagar los gastos de transporte intermunicipal y de estadía (incluidos su alojamiento y alimentación) –estos últimos si la persona debe permanecer más de un día en el lugar donde recibirá la atención que necesita– que el usuario debe cubrir para acceder a un servicio o tecnología en salud ambulatorio (incluido en el plan de beneficios vigente) que requiere y que es prestado por

fuera del municipio o ciudad donde está domiciliado. En la Sentencia SU-508 de 2020,^[171] la Sala Plena unificó las reglas sobre el suministro del servicio de transporte intermunicipal para pacientes ambulatorios, es decir, que no requieren hospitalización. Dicha providencia reiteró la jurisprudencia que ha establecido que, aunque el transporte no es una prestación médica en sí misma, es necesario para garantizar la faceta de accesibilidad del derecho fundamental a la salud, a la que se hizo referencia anteriormente, por lo que su falta de suministro se puede convertir en una barrera de acceso.

100. La Sala Plena enfatizó que, en el plan de beneficios vigente actualmente, no existe duda de que el transporte intermunicipal para paciente ambulatorio se encuentra incluido, pues no ha sido expresamente excluido y, de hecho –aunque este no es un factor determinante para concluir que un servicio de salud está incluido en el conjunto de servicios a los que tiene derecho un usuario del Sistema de Salud–, la reglamentación regula su provisión.^[172] La Corte recordó que, de acuerdo con el artículo 178 de la Ley 100 de 1993, las EPS están obligadas a conformar su red de prestadores de manera que aseguren que sus usuarios puedan acceder a los servicios que requieran en todo el territorio nacional y escoger un prestador entre las IPS con las que exista convenio en el área de influencia correspondiente.

[...]

102. Este Tribunal precisa que las consideraciones mencionadas resultan aplicables a los casos que se estudian, en la medida que se derivan directamente del régimen constitucional, legal y reglamentario que establece las obligaciones a cargo de las entidades que hacen parte del Sistema de Salud, vigente, sin duda, en el momento en que se presentaron las acciones de tutela. La Ley Estatutaria de Salud fue promulgada en 2015 y rige a partir de su publicación. Dichas consideraciones no constituyen subreglas introducidas por la Corte en la Sentencia SU-508 de 2020.

103. Ahora bien, adicionalmente a las reglas ya resumidas, con respecto a los usuarios que requieren de un acompañante, en la jurisprudencia reiterada sobre el tema, la Corte ha establecido que una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella que debe salir del municipio o ciudad donde reside para acceder a un servicio o tecnología incluida en el plan de beneficios vigente, cuando no cubre los gastos de transporte y estadía de su acompañante, siempre y cuando se cumplan las siguientes tres condiciones:^[174] (i) que el usuario dependa de un tercero para desplazarse; (ii) que “requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas”;^[175] y (iii) que ni el usuario ni su familia tengan los recursos económicos necesarios para cubrir los gastos mencionados.

Y en cuanto a la atención en salud de los menores de edad, dijo la Corte en sentencia T 513/2020:

A nivel legal, el artículo 27 del Código de Infancia y Adolescencia establece que “todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud”. Igualmente, este código contiene un mandato específico sobre la atención en salud para los menores en situación de discapacidad, previendo su artículo 36 que “los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad tienen derecho a gozar de una calidad de vida plena, y a que se les proporcionen las condiciones necesarias por parte del Estado para que puedan valerse por sí mismos, e integrarse a la sociedad. Así mismo: (...) A la habilitación y rehabilitación, para eliminar o disminuir las limitaciones en las actividades de la vida diaria”.

En el mismo sentido la Ley 1751 de 2015^[60] reitera la prevalencia del derecho fundamental a la salud de los menores de edad y se dispone su atención integral, ordenando al Estado implementar las medidas necesarias para ello, las cuales deben adoptarse de acuerdo con los diferentes ciclos vitales^[61]. Además, por medio de esta ley también se determinó

que la atención en salud de los niños, niñas y adolescentes no puede estar limitada bajo ninguna restricción administrativa o económica.

3. La Corte Constitucional ha establecido el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y las niñas. En este sentido sostuvo la Corte en sentencia SU-225 de 1998 que “[d]el artículo 44 se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales”. Según la Corte “[p]or esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares”. Advirtió además que “[s]e trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela”.

4. El derecho a la salud de los niños y niñas adquiere una protección adicional en la Ley Estatutaria de Salud. La Corte sostuvo en sentencia C-313 de 2014 que “El artículo 44 de la Carta, en su inciso último, consagra la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Este predominio se justifica, entre otras razones, por la imposibilidad para estos sujetos de participar en el debate democrático, dado que sus derechos políticos requieren para su habilitación de la mayoría de edad. Esta consideración de los derechos del niño, igualmente encuentra asidero en el principio rector del interés superior del niño, el cual, ha sido reconocido en la Convención de los derechos del niño, cuyo artículo 3, en su párrafo 1, preceptúa que en todas las medidas concernientes a los niños, se debe atender el interés superior de estos (...)”.

5. En este sentido, cualquier consideración en lo referente a la atención en salud de los niños y niñas debe verse determinada por la fundamentalidad de su derecho, la prevalencia de este sobre los derechos de los demás y la amplia jurisprudencia de la Corte en la materia encaminada a reconocer la protección reforzada de los menores de edad en lo referente a la satisfacción de sus derechos. (Negrilla y subrayado fuera el texto original).

Al entrar a analizar las pruebas que militan dentro del expediente, no se desprende nada distinto a la conclusión a la que arribó el Juez de primera instancia, toda vez que se encuentra acreditado que la EPS demandada autorizó expresamente la remisión de la menor al especialista en reumatología pediátrica en la ciudad de Barranquilla, por lo que era su deber suministrar en su integridad el servicio médico requerido para su continuidad, esto es, otorgando las herramientas necesarias como el servicio de transportes y exámenes de laboratorio, pues quien lo requería era un sujeto de especial protección constitucional, no existiendo razones justificables por las cuales no reembolse los dineros en que tuvo que incurrir el actor, más aún cuando ya existía una orden de tutela que así lo ordenaba.

Lo expuesto se corrobora con el siguiente pantallazo que corresponde a la orden suministrada por MEDIMAS EPS.

AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS No: 204716087

 ORIGINAL

NOMBRES DEL PACIENTE		TIPO AFILIADO	TIPO DE IDENT.	IDENTIFICACIÓN	EDAD
Joedys Isabel Quintero Villareal		BENEFICIARIO	Tarjeta Identidad	1130265208	14 Años
NIVEL	PLAN	IPS PRIMARIA:			
1	POS	Corporacion Ips Costa Atlantica - Ips San Pedro Alejandrino			
IPS QUE SOLICITA				USUARIO QUE TRANSCRIBE	
Estudios E Inversiones Medicas S A Esimed S A Clinica Esimed Santa Marta				Edwin Enrique Ferrer	
ENTIDAD RECOBRO OTRA REGIONAL					
PROCEDIMIENTO O INTERVENCION A REALIZAR					
CAUSA EXTERNA	ENFERMEDAD GENERAL	DX. PRINCIPAL: E040		DX. SECUNDARIOS	
ODIGO	PROCEDIMIENTO (S)	Cant	FINALIDAD	Lateralidad	OBSERVACIONES
890245	ENDOCRINOLOGIA PEDIATRICA CONSULTA	1	diagnostico	No Aplica	FECHA APROBACION: 2019/02/01
TIPO DE PAGO A REALIZAR					
PAGO COMPARTIDO	COPAGO	CUOTA MODERADORA		DESCUENTO CAPITACION NOMBRE IPS	
IPS (%)	USUARIO (%)	PORCENTAJE			
	0	0		3,200.00	
PRESTADO EL SERVICIO LE AGRADECEMOS ENVIARNOS LA RESPECTIVA CUENTA DE COBRO ADJUNTANDO LA PRESENTE AUTORIZACIÓN					
INSTITUCIÓN A LA QUE SE REMITE					
Estudios E Inversiones Medicas S A Esimed S A Cemes Country					
DIRECCIÓN		CL 76 # 58 - 54			
MEDICO QUE AUTORIZA		REGISTRO MEDICO			
TELEFONO		3852517			

IMPORTANTE: AUTORIZACION VALIDA SOLAMENTE EN LOS 90 DIAS SIGUIENTES A SU EXPEDICION

Vienes 15 feb 2019
Hora 11:20 Am
Dr Leticia Panouas

Así las cosas, se confirmará la decisión apelada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través del Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, proferida el 30 de junio de 2022, conforme a los razonamientos expuestos en esta providencia.

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	11001310500320220015401
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	FLOR MARÍA BEJARANO GONZÁLEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **Flor María Bejarano González** se declare la ineficacia del traslado y afiliación con la AFP Protección S.A. por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consiente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas. Como consecuencia, se ordene a la AFP Protección S.A. a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones, a su vez se condene a Colpensiones a activar la afiliación en el RPM y recibir todos sus aportes, a lo que resulte probado ultra y extra petita, al pago de costas y agencias en derecho (fº 4, archivo 01 y archivo 03, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 5 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 20 de noviembre de 1961; que inició su vida laboral a partir de enero de 1982, al servicio de la empresa Sistemas Estructurales LTDA.; que su empleador la afilió al ISS; que estando en dicho régimen

fue trasladada a la AFP ING hoy Protección S.A. en septiembre de 1999, perfeccionándose la afiliación el 1 de octubre del mismo año.

Narró que, la AFP ING hoy Protección S.A. al momento de afiliarla no le brindó una información adecuada y completa acerca del RAIS, no le enseñó sobre los posibles riesgos que podría tener en dicho régimen, ni le indicó las características, condiciones, acceso, servicios y diferencias frente al RPM, no le hizo un comparativo de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen.

Precisó que, para el momento de la presentación de la demanda, contaba con 61 años de edad y 1.881 semanas de cotización; que el día 1 de marzo de 2022, radicó ante Colpensiones reclamación administrativa en la que se solicitó la nulidad del traslado y reactivación de la afiliación; que dicha entidad negó la solicitud mediante escrito allegado a su correo electrónico el 2 de marzo de 2022.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 6, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, acepto la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha de traslado al RAIS como también, las semanas cotizadas en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones; respecto de los demás hechos dijo no ser ciertos y no constarle.

Propuso 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 genera de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en 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 alta de causa e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

COLPENSIONES contestó (archivo 7, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose igualmente a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a dicho régimen y los aportes por ella efectuados, el traslado de régimen pensional y fecha de reclamación y respuesta; frente a los demás hechos, dijo no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las 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 derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de mayo de 2023 (archivos 14 y 15 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de FLOR MARÍA BEJARANO GONZÁLEZ del régimen de prima media con prestación definida, al realizado el 19 de julio de 1999 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como del traslado que se dio como consecuencia de la cesión por fusión de ING a PROTECCIÓN S.A. el 31 de diciembre de 2002, para entender válidamente vinculada a la accionante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todo conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión

SEGUNDO: CONDENAR a la PROTECCIÓN S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de que ya se encuentren redimidos con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder. De igual manera, deberá devolver los descuentos que hubiese realizado durante el tiempo de permanencia de la demandante por concepto de gastos de administración, de primas de seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES aceptar el traslado y recibir los dineros provenientes de PROTECCIÓN S. A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las Demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho las que se tasan en la suma de MILLON OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$1.800.000.00), PARA CADA UNA DE LAS DEMANDADAS.

Para fundamentar su decisión hizo alusión a las pruebas aportadas dentro del proceso, indicando que con las allegadas se encontraba establecido que el traslado de régimen de prima media al de ahorro individual se había dado el 19 de julio de 1999; asimismo, se había observado que la entidad demandada Protección no había aportado el formulario de afiliación.

Arguyó que, para la época del traslado existía la obligación de las administradoras de pensión de brindar información a los usuarios objetiva, comparada

y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, con el fin de que estos tuvieran un juicio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado, requisito que se encontraba establecido en el Decreto 663 de 1993 y el Decreto 720 de 1994, normatividades que fijaron la línea jurisprudencial establecida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, teniendo como punto de partida la sentencia del 9 de septiembre del año 2008, radicado 31989, y las que posteriormente se expidieron con radicados SL 067 de 2023, SL 073 de 2023, SL 112 de 2023, SL 164 de 2023, SL 178 de 2023, SL 282 de 2023, SL 372 de 2023, SL 388 de 2023, SL 393 de 2023, SL 397 de 2023 y 178 de 2023.

Acotó que, la jurisprudencia de la alta Corporación de la jurisdicción ordinaria Laboral ha enseñado que la firma libre y voluntaria del formulario de afiliación no es suficiente para dar cumplimiento al deber de información; que los traslados horizontales o el tiempo de permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el hecho de no haberse trasladado al régimen de prima media con prestación definida dentro de los términos legales no convalidaba el acto inicial del traslado que genera la ineficacia, también se ha concluido cuáles son los efectos y las consecuencias que surge respecto de la declaratoria de ineficacia.

Concluyó que, en el presente caso Protección S.A. no había logrado demostrar durante el debate probatorio que la promotora de la entidad al momento del traslado le hubiera brindado a la demandante información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, lo que traía como consecuencia que se debiera declarar la ineficacia del traslado realizado por Flor María Bejarano González el 19 de julio de 1999, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como el traslado horizontal que se había dado como consecuencia de la operación comercial de sesión por fusión a Protección S.A. el 31 de diciembre del año 2012, para entender válidamente vinculada a la actora en el régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando su inconformidad con la decisión de primera instancia, al tener que recibir a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, así como de la condena en costas. Arguyó que, la señora Flor María Bejarano estaba impedida legalmente para trasladarse de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003,

por cuanto estaba próxima a cumplir la edad para acceder al beneficio de la pensión de vejez, de manera que, la afiliación en el RAIS debía permanecer incólume; igualmente, de acuerdo con lo narrado por la actora, su determinación de trasladarse de régimen había sido totalmente libre y espontánea, dejando pasar más de 20 años en el RAIS; por consiguiente, en el caso particular de la señora Bejarano González no se habían dado los supuestos esenciales que llevarán a una ineficacia de traslado.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta 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 ING hoy Protección 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. De igual forma, se deberá establecer si hay lugar a la imposición de costas en primera instancia.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Flor María Bejarano González nació el 20 de noviembre de 1961 (fº 22, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculado al ISS, efectuando aportes entre el 16 de marzo de 1992, hasta el 30 de septiembre de 1999, reuniendo un total de 356,29 semanas de cotización (fº 307, archivo 7 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que el **19 de julio de 1999**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP ING hoy Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1 de septiembre de 1999, entidad en la cual se encuentra vinculada actualmente (fº 86, archivo 06, 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 la ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información al momento en 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 el 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 de Casación 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 **–19 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 ING hoy Protección 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).

Aunado a lo expuesto, esta Sala encuentra que en el expediente ni siquiera obra el formulario de afiliación de la demandante en el que conste la solicitud de traslado a la AFP ING hoy Protección S.A. y cuya eficacia se cuestiona, de manera que, al no existir prueba de la firma del formulario, no logra demostrarse con prueba alguna que se le hubiese brindado a la demandante una asesoría completa, veraz, comprensible e integral sobre las ventajas y desventajas de haber efectuado el traslado. Sin perjuicio

de lo expuesto, en el evento en que la actora hubiese diligenciado este documento, lo cierto es que el mismo solo corresponde a una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que de este se desprenda que dicha AFP hubiese cumplido 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).

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 y la indexación respectiva.

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. 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 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 de la 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 de la demandante en el RPM, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

COSTAS

Costas a cargo de Colpensiones, comoquiera que su recurso de alzada no salió avante.

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 Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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 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 en la suma de \$1.160.000.



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	11001310500420190071901
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA DEL ROCÍO VANEGAS MARTÍNEZ
DEMANDADOS	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **María del Rocío Vanegas Martínez** se declare la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizó con la AFP Colfondos S.A.; en consecuencia, las demás afiliaciones horizontales que se realizaron con las AFP Porvenir, Old Mutual y Protección S.A., se ordene a las AFP privadas a retornarla al RPM, al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al pago de la suma de 50 SMLMV, tal y como lo dispone el artículo 13, literal b) y artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como resultado de la conducta que infringe su derecho pensional, se ordene a Colpensiones a aceptarla en el RPM, a lo que resulte probado ultra y extra petita, al pago de costas procesales (fº 5 a 6, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 6 a 7, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 1 de agosto de 1963; que estuvo afiliada al RPM, efectuando aportes desde el 7 de octubre de 1986, hasta el 30 de septiembre de 1997; que una vez inició el sistema pensional administrado por los fondos privados de pensiones, estos comenzaron a ejercer publicidad muy agresiva y engañosa por diferentes medios; que en su caso el empleador facilitó la presencia de los promotores de los fondos privados quienes comenzaron a presionar a los trabajadores para que se afiliaran a ese régimen, que debido a ello, se trasladó de régimen pensional el 1 de noviembre de 1997, con la AFP Colfondos S.A., oportunidad en la cual los asesores del fondo no le advirtieron de los riesgos que existía de trasladarse, tampoco se le indicó que tenía un límite para retornar al RPM, no se le informó que podría tener una pensión inferior que en el RPM, no le advirtieron que los cálculos estimados estaban sometidos al vaivén del mercado, que el valor de la pensión dependía de la modalidad que escogiera y no se le dijo nada frente a la negociación del bono pensional.

Refirió que, las AFP no le señalaron que la mesada pensional en el RAIS sería más ventajosa, que el RPM iba a desaparecer y que podría tener una pensión anticipada; arguyó que, mediante proyección efectuada por la AFP Protección se calculó una mesada pensional de \$1.054.676, mientras que en Colpensiones sería de \$8.000.000; que el día 14 de octubre de 2014, solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional cuando le faltaban más de 10 años para obtener la pensión, sin que recibiera una respuesta.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 02, 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 afiliación a dicho régimen y los aportes realizados; respecto de los demás, manifestó no ser ciertos y no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de 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.

La **AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.** contestó (archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos dijo no ser ciertos y no constarle. 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 demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón a la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica.

De otro lado, solicitó se llamará en garantía a la asegurada **MAPFRE COLOMBIA DE VIDA SEGUROS S.A.**, en virtud de los contratos de seguros previsionales suscritos con dicha entidad, petición que fue aceptada por parte del Juez mediante providencia del 22 de junio de 2022 (archivo 27, carpeta 1ª inst. exp. digital). Dicha aseguradora dio contestación a la demanda, señalando que no se oponía, ni se allanaba a la pretensión primera, pero que frente a las restantes sí se oponía; respecto de los hechos señaló no constarle ninguno.

Como medio de defensa, propuso las excepciones que denominó: el acto jurídico de la afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de autonomía de la voluntad, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a la AFP Old Mutual hoy Skandia, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional.

Igualmente, se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía; en cuanto a los hechos, aceptó el seguro contratado por la AFP Skandia. Como medio de defensa propuso las excepciones de, inexistencia de derecho contractual por parte de Skandia S.A., frente a la acción material ejercida por la parte demandante, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima, ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no

le es oponible los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante AFP Skandia S.A., y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 13, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, así como la proyección pensional efectuada a la promotora del litigio por parte de la entidad, con relación a los demás dijo no ser ciertos y no constarle.

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 y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 22, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos dijo no ser ciertos y no constarle ninguno. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó (archivo 26, carpeta 1ª inst. exp. Digital) no aceptando las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos admitió la fecha de nacimiento de la demandante, frente a los restantes, manifestó no ser ciertos y no constarle. Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios y la inexistencia de prueba de perjuicios.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 3 de mayo de 2023 (archivo 42 y 43, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de MARÍA DEL ROCÍO VANEGAS MARTÍNEZ a la AFP COLFONDOS, realizada en el año 1995, por los motivos expuestos. 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 PROTECCIÓN 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 la demandante permaneció afiliada 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 ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la AFP SKANDIA, PORVENIR Y COLFONDOS 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 la demandante permaneció afiliada a esas administradoras.

CUARTO: 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.

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

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas COLFONDOS, SKANDIA, PORVENIR Y PROTECCIÓN. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1/2 SMMLV, para Protección y ¼ SMMLV para las demás.

OCTAVO: DECLARAR PROBADA la excepción propuesta por Seguros Mapfre que denominó: «frente a la excepción material ejercida por la parte demandante, Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues el único objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones», siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

NOVENO: CONDENAR en costas a SKANDIA a favor de MAPFRE, fíjense como agencias en derecho la suma de ¼ smmlv.

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 1995, 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 antecederan 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 las AFP, quienes solamente habían aportado el formulario de afiliación, de lo cual solo se extraía una manifestación simple frente a los datos personales y laborales de la demandante, pero no hacía referencia sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y sus características, por lo cual las accionadas no habían cumplido con su deber de información, motivo por el cual debía declararse ineficaz el traslado.

En cuanto a la solicitud del llamamiento en garantía propuesto por Skandia, sostuvo que la póliza suscrita con la aseguradora Mapfre Seguros de Vida S.A. carecía de amparo y de cobertura, teniendo en cuenta que el único objeto de protección asegurativa no tenía relación con los efectos materiales de las pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP SKANDIA S.A.** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, a fin de que se revocara la condena respecto a tener que devolver todo lo que reposa en la cuenta de ahorro individual de la demandante como las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, ello teniendo en cuenta que los aportes efectuados por la señora María del Rocío Vanegas, ya fueron trasladados a la AFP Protección el día 12 de diciembre del año 2016, luego entonces se encuentra en imposibilidad de trasladar unos emolumentos que ya no son administrados por ellos.

Añadió que, también debían ser absueltos a devolver los seguros previsionales y comisiones, teniendo en cuenta que ya habían sido utilizados para la administración de la cuenta de ahorro individual y dichos recursos se habían descontado por mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, cumpliéndose con el deber legal que les asistía generándole unos rendimientos; adujo que, la misma Superintendencia Financiera de Colombia establecía que los seguros previsionales eran unos dineros que se utilizaban para dos contingencias a cubrir: *i)* la pensión de sobrevivientes, y *ii)* la pensión de invalidez; si

bien era cierto que no se había sufrido ningún siniestro, lo cierto era que se había cumplido con el deber legal de hacer el descuento y garantizar que en caso de darse los requisitos para las pensiones de sobrevivencia e invalidez, estas se pudieran financiar.

Adicionalmente, solicitó que en caso de confirmarse la decisión de primera instancia respecto de los seguros previsionales, fuera condenada la aseguradora MAPFRE en calidad de llamada en garantía en este juicio.

La **AFP PORVENIR S.A.** sostuvo que, su inconformidad consistía en tener que retornar los gastos de administración, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima debidamente indexados, ya que en el presente asunto no se ha presentado ningún tipo de devaluación o de pérdida del poder adquisitivo del dinero, pues una de las funciones que cumplen las AFP es la de mantener la rentabilidad mínima en la cuenta de ahorro individual de sus afiliados, como en efecto se hizo con la cuenta de la señora Rocío, mientras estuvo afiliada a la entidad, tiempo durante el cual también se le generaron unos rendimientos, que fueron debidamente trasladados a la AFP a la que posteriormente se afilió.

Precisó que, en cuanto al porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2088, únicamente estaba a cargo de la última entidad en donde se encontrara afiliada.

COLPENSIONES señaló en su recurso que debía analizarse más sobre la inversión de la carga de la prueba, toda vez que no podía recaer únicamente en cabeza de las AFP demandadas, en atención a que la actora contaba con los medios y las capacidades para comprender lo que estaba firmando. Arguyó que, las actuaciones efectuadas por la entidad estaban permeadas de buena fe y la negativa de recibir a la demandante se basaba única y exclusivamente en razón al cumplimiento del deber legal establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo anterior teniendo en cuenta que como entidad del Estado no podía reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad, debiéndose tener en cuenta que la declaratoria de ineficacia del traslado afectaba la sostenibilidad financiera del sistema y ponía en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, ello teniendo en cuenta que la señora María Vanegas ya cumple con los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse de los aportes que los demás contribuyentes han realizado.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Skandia, 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 Colfondos S.A., y posteriormente, con las AFP Porvenir, 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 la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora María Rocío Vanegas Martínez nació el 1 de agosto de 1963 (f° 168, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculada al ISS realizando aportes pensionales desde el 7 de octubre de 1986, hasta el 30 de septiembre de 1997, reuniendo un total de 399,71 semanas cotizadas (f° 28, archivo 02 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que el **12 de septiembre de 1997**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Colfondos S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1 de noviembre de 1997 (f° 45, archivo 21, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iv)* que realizó traslados horizontales a través de varios fondos privados, así: AFP BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., el 29 de octubre de 2004 (f.° 213, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital), AFP Skandia S.A. el 29 de octubre de 2007 (f.° 68, archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. Digital), y Protección S.A. el 28 de agosto de 2016, entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (f.° 44, archivo 13, 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 **–12 de septiembre de 1997–** como se desprende el formulario de ASOFONDOS y no en el año 1995, como erradamente lo indicó el *a quo*, 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 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).

Aunado a lo expuesto, esta Sala encuentra que en el expediente ni siquiera obra el formulario de afiliación de la demandante en el que conste la solicitud de traslado a la AFP Colfondos y cuya eficacia se cuestiona, de manera que, al no existir prueba de la firma del formulario, no logra demostrarse con prueba alguna que se le hubiese brindado a la actora una asesoría completa, veraz, comprensible e integral sobre las ventajas y desventajas de haber efectuado el traslado, y si bien los demás fondos privados llamados a juicio aportaron los respectivos formularios de afiliación, los mismos solo corresponden a una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que de estas se desprenda que dichas AFP hubiesen cumplido 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 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 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, 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).

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Frente al reparo formulado por Skandia encaminado a que se ordene la devolución de las primas de seguro canceladas por esta, con cargo a Mapfre Colombia Vida S.A., se indica que el mismo no está llamado a prosperar, pues a criterio de esta Sala que tal reembolso en modo alguno debe ser asumido por la aseguradora, debido a que esta fue ajena a los actos de afiliación y traslado que dieron lugar a la ineficacia que se declara. Sumado a ello, los riesgos asegurados no son otros más que la muerte, invalidez por riesgo común, incapacidad temporal y auxilio funerario, sin que de allí se desprenda que la aseguradora deba garantizar patrimonialmente las obligaciones impuestas en el presente juicio, dado que su responsabilidad se limita únicamente a las coberturas contratadas, esto es frente la invalidez y sobrevivencia, respecto de la afiliación del promotor de la contienda, al fondo de pensiones Skandia.

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, Skandia S.A. 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, Porvenir S.A. y Skandia 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, Porvenir S.A. y Skandia S.A., en la suma de \$1.160.000, 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	1100131050051019643-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MANUEL VICENTE FERRO IRIARTE
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍA S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **Manuel Vicente Ferro Iriarte** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad realizado a través de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., en agosto de 1995. En consecuencia, se ordene a las demandadas a anular de sus registros la afiliación del traslado; a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. a transferir a Colpensiones el saldo total existente en su cuenta de ahorro individual y el total de las cotizaciones que hubiese recibido a su nombre, hasta la fecha de admisión de esta demanda, incluyendo la totalidad de los rendimientos financieros y el valor total cotizado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima; que se ordene a Colpensiones a reactivar la afiliación al RPM sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba en la fecha del traslado a Old Mutual; asimismo registre en su historia laboral el detalle de las cotizaciones que le sean transferidas, a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de costas procesales.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 9 a 11 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 12 de abril de 1958; que cotizó 87,29 semanas a Colpensiones entre el 1 de agosto de 1984, y el 1 de noviembre de 1990; que trabajó los siguientes tiempos en entidades públicas que no fueron cotizados al Seguro Social:

Cuadro No. 1
Tiempos trabajados con entidades públicas

EMPLEADOR	DESDE	HASTA	DÍAS	SEMANAS
Hospital San Juan de Dios de Cúcuta	jul 01/80	jun 30/81	365	52,14
Hospital Miguel Durán Durán	jul 01/81	jul 30/82	395	56,43
TOTAL CON ENTIDADES PÚBLICAS			760	108,57

Señaló que, completó 195,86 semanas cotizadas en el RPM entre el 1 de julio de 1980 y el 1 de noviembre del mismo año; que el 1 de agosto de 1995, se trasladó del RPM al RAIS a través de Old Mutual, que desde ese momento hasta la fecha solo ha cotizado a dicha entidad.

Narró que, al momento del traslado, los funcionarios de Old Mutual no le informaron cuáles eran los requisitos y condiciones para su pensión en el RPM; que pese a que para ese momento le faltaban 804,14 semanas para cumplir el requisito de tiempo de 1.000 semanas para pensionarse en este último régimen, aspecto que no había sido advertido por los funcionarios, y por el contrario, le aseguraron que su pensión sería mejor que en el Seguro Social, tampoco le hicieron una proyección del valor que podría tener su mesada en el RPM y en el RAIS; por lo tanto, no le suministraron una información completa, detallada y veraz sobre su situación pensional en ese momento y a futuro, tampoco las consecuencias desfavorables que podían ocasionarle con el cambio de régimen; de manera que dio su consentimiento para el traslado sin estar completamente informado del efecto negativo que esto le acarrearaba.

Refirió que, en comunicación del 2 de octubre de 2018, Old Mutual le manifestó que a los 62 años de edad, su pensión con ese fondo de pensiones se proyectaba por un valor de \$1.918.511 y que si estuviera vinculado a Colpensiones sería de \$5.533.083, con un IBL de \$8.581.367; que la diferencia entre ambas sería de \$3.614.572. De igual manera, la AFP le indicó que no tenía derecho a un excedente de libre disponibilidad debido a que su cuenta individual de ahorro era de \$444.599.029, y que para ello necesitaba un saldo de \$1.092.157.701.

Por último, adujo que, el 15 de agosto de 2019, presentó ante Colpensiones reclamación administrativa y que esta dio respuesta negativa el 17 de agosto del mismo año.

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, aceptó fecha de nacimiento del demandante, las semanas cotizadas ante dicha entidad, petición y respuesta; respecto de los demás hechos dijo no ser ciertos y no constarle.

Como excepciones de fondo, propuso las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, falta de causa para pedir, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital) oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento del actor, fecha en que efectuó el traslado al RAIS y comunicación que se le brindó el 2 de octubre de 2018; frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de fondo, propuso las de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y genérica.

De otro lado, solicitó fuera llamada en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., solicitud que fue acepta por el *a quo* mediante auto del 22 de octubre de 2021 (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital); no obstante, a través de providencia del 14 de febrero de 2023, se declaró ineficaz el llamamiento, al haber transcurrido el término legal de 6 meses, sin que la AFP surtiera la notificación (archivo 14, carpeta 1ª inst. exp. digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de marzo de 2023 (archivo 18 y 19 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor MANUEL VICENTE FERRO IRIARTE, a través de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS a cargo de la SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que, Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha creado una línea jurisprudencial desde la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado 39889, hasta las más recientes SL1421, 1688, 1689, 3464 de 2019, SL4806 2020, SL5686 2021 y SL 756 2022, en las que ha enseñado que en estos casos no se da la excepción de prescripción, dada la estrecha relación que existe entre esta problemática y el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Indicó que, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social era irrenunciable, pues consistía en la subsistencia de los trabajadores durante su vejez, debiéndose tener en cuenta el principio de dignidad humana y subsistencia; que en este caso el señor Manuel iba a depender de la volatilidad del mercado y de cómo se invertiría su dinero, razón por lo cual era deber de las administradoras haberle preguntado al afiliado si estaba conforme con las inversiones en que se había adoptado por parte de la administradora, sin que hubiera prueba alguna en el expediente de ello.

Refirió que, la carga de la prueba recaía en las administradoras, quienes tenían el deber suministrarle al afiliado la información necesaria para efectuarse el traslado; que en el caso del señor Manuel, se tenía que se había trasladado de régimen en el año 1995, momento para el cual se encontraba vigente el Decreto 720 de 1994, que en su artículo 12, indicaba que correspondía a las administradoras de pensiones

suministrar amplia, oportuna y suficientemente información a sus afiliados, por lo cual los formatos de afiliación no eran prueba conducente del consentimiento informado; que en el presente caso se había allegado el formulario, el cual únicamente contenía información genérica del afiliado, sus datos personales y de sus eventuales beneficiarios.

Agregó que, no era necesario que la persona se encontrara beneficiaria del régimen de transición para que surtiera el deber de información; que en cuanto al interrogatorio de parte rendido por el señor Manuel Ferro no se había obtenido ninguna confesión; concluyendo el fallador de primer nivel que de acuerdo a lo expuesto debía declararse la ineficacia del traslado.

De otro lado, refirió que, no existían argumentos para devolver primas de seguro previsional, ni gastos de administración, señalando que las primas de seguro previsional estaban creadas por el legislador para financiar las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, por ello las AFP contrataban a las aseguradoras, las pólizas para obtener las sumas adicionales necesaria para completar el capital que financiará las prestaciones, es decir, mediaba una prestación jurídica autónoma e independiente con un tercero asegurador.

En cuanto a los gastos de administración, arguyó que, el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, señalaba los gastos que se giraban a favor de las administradoras por la rentabilidad mínima que efectivamente se obtuviera de los recursos de los afiliados, que en el caso del actor se tenía que había estado afiliado a la AFP por más de 20 años y donde obtuvo rendimiento su dinero, considerando el *a quo* que una cosa era que no se le hubiera brindado información y otra cosa diferente era que se le debiera devolver dichos rendimientos, lo cual no afectaba el derecho pensional del señor Manuel Ferro, procediendo a su absolución sobre ese concepto.

RECURSO DE APELACIÓN

La **PARTE DEMANDANTE** impetró recurso de apelación respecto de la absolución a la devolución de los seguros previsionales y de los gastos de administración; acotó que, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá ha tenido en cuenta lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL31989 del 9 septiembre, SL4974 y SL4989 del 2018, así como las sentencias SL1421, SL1688 y SL 4370 de 2019, y la sentencia SL2877 del 2020, entre otras, en las cuales se ha manifestado que al declararse la ineficacia del traslado debe

restituirse el capital y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyéndose además lo correspondiente a los bonos pensionales, gastos de administración, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsionales de invalidez y de sobreviviente debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, además de que al momento de cumplirse dicha orden, cada una de las entidades debe discriminar todos los conceptos ordenamos a trasladar con sus respectivos valores, detallándose los ciclos, los ingresos base de cotización, aportes y demás, para lo cual trajo a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre ese particular; por lo tanto, solicitó fuera adicionada la sentencia proferida por el juez de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, 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 que hizo el demandante a través de la AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍA S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los 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 Manuel Vicente Ferro Iriarte nació el 12 de abril de 1958 (fº 28, archivo 02 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculado al ISS entre el 1 de agosto de 1984, hasta el 1 de noviembre de 1990, reuniendo un total de 87,29 semanas de cotización (fº 30, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que realizó aportes al sector público entre el 1 de julio de 1980, hasta el 30 de julio de 1982 (fº 32, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** que el **3 de agosto de 1995**, se trasladó al RAIS mediante suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (fº 32, archivo 08 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), entidad en la cual se encuentra vinculado 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 la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-3 de agosto 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 Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., hoy Skandia Pensiones y Cesantías 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 Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. suscrito el **3 de agosto de 1995**, 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.

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).

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 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 que no fueron ordenados devolver por parte del *a quo*, 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 el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, 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 Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, 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 accionante 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 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).

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 como quiera que el recurso de alzada salió avante.

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 consultada, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, 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 accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. 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: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

(Aclara voto)

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MANUEL VICENTE FERRO IRIARTE CONTRA COLPENSIONES y OTRO (RAD. 05-2019-00643-01)

M.P. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me permito aclarar el voto pues si bien estoy de acuerdo con que debe ser adicionada y modificada por la Sala la determinación tomada en primer grado, cuando quiera que Skandia Pensiones y Cesantías S.A. debe trasladar a Colpensiones 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, empero, se debió dejar por sentado que aunque el actor realizó su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida el 1 de noviembre de 1990, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1° de abril de 1994, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al citado régimen, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías que tuvo ocurrencia el 3 de agosto de 1995, un traslado, conforme pasa a exponerse:

No se desconoce que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se establece que a partir del 1° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones **"deberán"** seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad; no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multifiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1° de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy Colpensiones, ya que es el mismo decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros *"los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o **continuar vinculados a éste si ya lo están**"*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues el actor a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 1° de abril de 1994, venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 1 de agosto de 1984, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y

cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**"* (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Así mismo del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1º de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida y así se consagra en los siguientes términos:

*"Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS**, pueden continuar en dicho instituto, **sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación**. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, **y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado**." (Negrilla fuera del texto)*

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1º de abril de 1994 no implica que la afiliada al régimen de prima media con prestación definida pierda la señalada calidad a ese régimen, tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliado al ISS desde el 1 de agosto de 1984 y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 3 de agosto de 1995 a AFP Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha

*recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.***

(...)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida**".*

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1º de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
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	110013105005202100565-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA AZUCENA RODRÍGUEZ BOSIGA
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **María Azucena Rodríguez Bosiga** se ordene a la AFP Colfondos S.A. a trasladar sus ahorros al RPM administrado por Colpensiones (fº 6, archivo 02, carpeta 1 instancia- exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº2, archivo 02, carpeta 1 instancia- exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 12 de mayo de 1969; que a finales del año 2020, y principios del 2021, por medio de llamada telefónica solicitó a Colpensiones se autorizará y concediera el traslado de régimen pensional; que el 21 de mayo de 2021, fue rechazada su solicitud, indicándose por parte de la entidad que se le había vencido el término para poder retornar al RPM.

Arguyó que, seguir vinculada en el régimen privado, le ocasionaría un detrimento patrimonial de al menos \$300.000 mensuales, que al estimarse a 40 años correspondería a un valor de \$3.600.000 anuales, que en total el detrimento sería de \$144.000.000; que tal situación no fue informada por parte de los funcionarios de

Colfondos, es decir, no le explicaron las difíciles condiciones que tendría que cumplir para acceder a la pensión de vejez, tampoco le informaron sobre las diferencias pensionales en ambos regímenes.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó (archivo 08- carpeta 1 instancia- exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó la respuesta otorgada a la demandante a su petición de traslado de régimen pensional, respecto a los demás manifestó no ser ciertos o no constarle.

Como excepciones de mérito propuso, 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, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021, y la innominada o genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** contestó (archivo 13- carpeta 1 instancia- exp. digital), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, indicó no constarle ninguno. Propuso, como excepciones de fondo, 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 del traslado, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de marzo de 2023 (archivo 17 y 18- carpeta 1 instancia- exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por la señora MARÍA AZUCENA RODRÍGUEZ BOSIGA a través de COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: SIN COSTAS

Para fundamentar su decisión, señaló que ya era conocida la línea jurisprudencial que se ha sentado por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la nulidad o ineficacia de traslado del régimen pensional, desde la sentencia del 9 de septiembre de 2008, rad. 31989 hasta las más recientes CSJ SL1421-2019, SL1688, SL1689 y SL3464-2019, SL4806-2020, SL5686-2021 y SL756-2022, las cuales tendría en cuenta para su decisión, así como la sentencia T 191-2020.

Indicó que, respecto a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, no era dable tenerla por probada en este tipo de juicios, dada la estrecha relación que existía con el derecho irrenunciable a la seguridad social; adujo que, en estos casos se olvidaba un poco la dignidad humana, ello debido a cómo estaba estructurado el RAIS, en donde la pensión de los trabajadores dependía de las reglas del mercado, por lo que con mayor razón debía brindarse más acompañamiento al afiliado, explicándole cómo se estaba invirtiendo el dinero de sus aportes y cómo podía verse afectado.

Refirió que, la carga de la prueba recaía en las administradoras; que en el presente asunto la señora María Azucena se había afiliado al RAIS en el año 2003, conforme se verificaba del reporte SIAFP, época en que ya estaba vigente el Decreto 720 de 1994, que en su artículo 12, señalaba que eran las administradoras quienes tenían el deber de informar de forma amplia, oportuna y de manera suficientemente a sus afiliados, no solo al momento de la afiliación, sino durante su permanencia; enfatizó que, los formatos de afiliación no eran prueba conducente para demostrar el consentimiento informado, aunado a que en el caso de marras no se había aportado formulario de afiliación desconociéndose las particulares y condiciones en que fue suscrito. De otro lado, adujo que, no era necesario que la persona se encontrara beneficiaria del régimen de transición para que surtiera el deber de información.

Recalcó que, Colpensiones insinuaba en sus alegatos que por ser la primera afiliación al sistema de seguridad social en pensiones con el RAIS, no había lugar a la

ineficacia que se estaba declarando, frente a lo cual sostuvo el *a quo* que no compartía dicho argumento, teniendo en cuenta que el deber de información en una primera afiliación era mucho mayor que un traslado, debiéndose poner sobre la mesa por parte del asesor las dos opciones existentes junto con las ventajas y desventajas de cada uno de estos regímenes, tal y como lo había señalado la Corte Constitucional en sentencia T-191 de 2020, en la cual se había dicho, que tanto la afiliación por primera vez a un régimen como el traslado se regía por dos principios: *i*) la libertad de elección, que prohibía al empleador o administradora de fondo de pensiones a obligar a una persona a afiliarse, o trasladarse, *ii*) la información y la asesoría que implicaba el deber de las administradoras de asesorar y brindar la verdad objetiva sobre las ventajas y desventajas del régimen de afiliación.

Además, precisó que si se aplicará de manera estricta la ineficacia, las cosas debían retrotraerse al estado en que estaban, como si la demandante nunca hubiera estado en Colfondos, es decir, que los dineros que reposaban en su cuenta de ahorro individual no generaron rendimientos, por lo que en tal sentido las administradoras no tendrían la obligación de devolver nada por ese concepto, lo cual sería gravísimo para Colpensiones, en ese sentido debía aceptarse el criterio jurisprudencial sobre la materia a pesar de que nunca existió esa afiliación con el fin de equilibrarse las cargas.

En cuanto al seguro de primas previsionales, acotó que, estaban creadas por el legislador para financiar las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, por ello las AFP contrataban a las aseguradoras, las pólizas para obtener las sumas adicionales necesarias para completar el capital que financiará las prestaciones, es decir, mediaba una prestación jurídica autónoma e independiente con un tercero asegurador.

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 Colfondos 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 María Azucena Rodríguez Bosiga se afilió a la AFP Colfondos el **23 de enero de 2003** (f° 19, archivo 13, carpeta 1ª inst. exp. Digital); *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 1 de junio de 2022 (f° 7, archivo 09, 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 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 de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera aquella elección primigenia, comoquiera que **no existe una situación jurídica anterior qué modificar**, ya que no existía afiliación al subsistema pensional del RPM, puesto que fue el **23 de enero de 2003**, cuando lo hizo por primera vez escogiendo el régimen de ahorro individual, de tal suerte que, si bien a la AFP Colfondos le era exigible el cumplimiento del deber de información, previo a la afiliación de la 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). (Negritas 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 revocará la decisión de primera instancia, pues lo que se pretende en este caso es dejar sin efectos la afiliación inicial al sistema general de pensiones que se hizo a través del régimen de ahorro individual, lo cual no resulta viable como bien se ha explicado, ello teniendo en cuenta que no existe una situación jurídica anterior que se pueda modificar, esto es, no hay acto jurídico previo con Colpensiones que se pueda restablecer.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

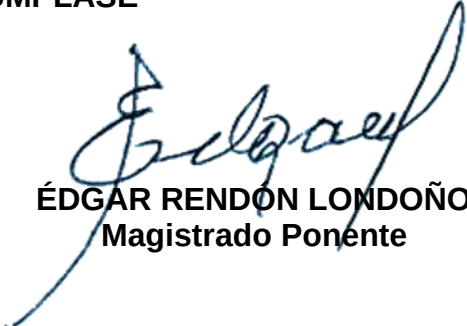
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: 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	11001310500520220012801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GLORIA ESPERANZA TORRES URREGO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 Esperanza Torres Urrego** se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad que se realizó a través de la AFP Porvenir S.A. el 19 de diciembre de 1995, y que continúa como afiliada al RPM. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas que reposen a su favor como adicionales, saldos, frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, junto con los rendimientos a los que hubiera lugar.

De manera subsidiaria, solicitó se declare que no dejó de estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida direccionado en su momento por el ISS hoy Colpensiones, es decir, que no hubo solución de continuidad. En consecuencia, se condene a Colpensiones a recibir los valores trasladados por Porvenir S.A. previa verificación satisfactoria de la integridad de los aportes efectuados

al RAIS, sin que se deduzca costo administrativo o de solidaridad, se ordene a Colpensiones a recibir los anteriores valores procediendo a la actualización de su historia laboral, al pago de costas y agencias en derecho (f° 1 a 2, archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 3 a 7, archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 1 de septiembre de 1956; que se afilió y efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones y a Cajanal dentro de los periodos comprendidos entre el 23 de octubre de 1989, hasta el 30 de junio de 2009, sumando un total de 1.040 semanas de cotización aproximadamente.

Relató que, en la empresa donde laboraba para el año 1995, esto es, en la Procuraduría General de la Nación, llegaron unos asesores de la AFP Porvenir aduciendo que el ISS se iba a liquidar y que iban a perder el derecho a su pensión; que para dicho momento los asesores de la AFP no le brindaron ninguna asesoría, únicamente hicieron relación al riesgo que corría si seguía en el RPM, omitiendo dar datos trascendentes para el reconocimiento de la pensión en el RAIS; que la afiliación y traslado al RAIS se efectuó el 19 de diciembre de 1995, la cual se hizo efectivo a partir del mes de febrero de 1996.

Añadió que, al momento del traslado, no se le realizó una proyección pensional sobre las ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, tampoco se le brindó desde la antesala y después una información honesta, veraz y eficiente, por el contrario, en reunión grupal se le indicó que en el RAIS se podía pensionar a cualquier edad y en mejores condiciones económicas, y que obtendría mayores beneficios.

Acotó que, el 25 de mayo de 2021, mediante derecho de petición con radicado No. 2021_12621080, solicitó ante Colpensiones se le efectuaran proyecciones pensionales y se autorizara el traslado de régimen; que Colpensiones mediante oficio 2021_1261080-28808049 del 25 de octubre de 2021, negó la petición solicitada; que el día 25 de mayo de 2021, realizó petición ante la AFP Porvenir; que dicha entidad mediante extracto No. 2021010019559, generó respuesta adjuntando formulario de afiliación e historia laboral.

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, aceptó la

fecha de nacimiento de la demandante, petición formulada ante la entidad y respuesta otorgada a la misma; respecto a los demás hechos, señaló no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de 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, 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, aplicabilidad de la sentencia SL373-2021 e innominada o genérica.

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.**, (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, así como la petición presentada ante la entidad y su respuesta; respecto de los demás hechos, señaló no constarle y no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de enero de 2023 (archivos 17 y 18, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora GLORIA ESPERANZA TORRES URREGO, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada una y en favor de la señora GLORIA ESPERANZA TORRES URREGO.

Como sustento de su decisión, sostuvo que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha creado una línea jurisprudencial desde la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado 39889, hasta las más recientes SL1421, 1688, 1689, 3464 de 2019, SL4806 2020, SL5686 2021 y SL 756 2022, en las que ha enseñado que en estos casos no se da la excepción de prescripción, dada la estrecha relación que existe entre esta problemática y el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Indicó que, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social era irrenunciable, pues consistía en la subsistencia de los trabajadores durante su vejez, debiéndose tener en cuenta el principio de dignidad humana y subsistencia; que en este caso la señora Gloria iba a depender de la volatilidad del mercado y de cómo se invertiría su dinero, razón por lo cual era deber de las administradoras haberle preguntado al afiliado si estaba conforme con las inversiones en que se había adoptado por parte de la administradora, sin que hubiera prueba alguna en el expediente de ello.

Refirió que, la carga de la prueba correspondía a la AFP Porvenir; que en el presente caso la demandante se había trasladado de régimen en el año 1995, es decir, ya se encontraba vigente el Decreto 720 de 1994, de manera que, la administradora tenía que suministrar amplia, oportuna y suficiente la información; que en el caso de la señora Gloria, la AFP Porvenir nunca le dio la bienvenida, por lo cual creyó que se encontraba aún afiliada al régimen de prima media con Colpensiones, procediendo a tramitar su pensión de vejez ante dicha entidad en el año 2013, cuando acreditó los 57 años de edad, siendo reconocida la prestación y posteriormente fue revocada por la entidad del RPM por existir una multiafiliación, situación que acreditaba que la entidad demandada no cumplió al momento del traslado con su deber de información.

Adujo que, los formularios de afiliación no eran prueba contundente del consentimiento informado; que del formulario aportado solamente se evidenciaba los datos personales y familiares; recalcó que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no era necesario que la persona fuera beneficiaria del régimen de transición; adicionalmente, señaló que, tampoco obraba prueba de que Porvenir al momento en que la actora cumplió los 47 años de edad le hubiera comunicado que ya iba a entrar en la prohibición legal para retornar al RPM, en consideración a todo lo expuesto concluyó que había lugar a declarar la ineficacia del traslado.

De otro lado, aclaró que de conformidad con el Decreto 2196 de 2009, se había suprimido la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, siendo la razón por la cual dispuso a sus afiliados al entonces ISS, por lo cual no era que hubiera existido una afiliación inicial al sistema, sino que la señora Gloria efectivamente venía del régimen de prima media con prestación definida.

Por último, refirió que se apartaba del criterio de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral respecto de la devolución de los gastos de administración y la devolución las primas previsionales, toda vez que dichas sumas por mandato legal habían sido utilizadas por las administradoras y aseguradoras dentro de los contratos que de buena fe se había celebrado con la AFP.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando se revocara en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia, por cuanto no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, atendiendo a que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre las partes, acatando que los actos jurídicos tienen efectos *inter partes*, por lo cual, independientemente de la decisión adoptada por el juez, la entidad no podía ser favorecida ni perjudicada con la misma, por lo que de ser confirmado el fallo de primer grado, se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, el cual fue establecido por el artículo 48 de la Carta Política y adicionado por el artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2005.

Agregó que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley 797 del año 2003, el cual se modificó por el literal e.) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la demandante se encontraba inmersa en la prohibición allí estipulada para trasladarse de régimen pensional. De otro lado, manifestó que cuando se declara la ineficacia del traslado, según se ha advertido en las sentencias con radicado 31989, SL 17595-2017 y SL1421-2019, hay lugar a reintegrar la totalidad de los recursos que se encuentra en la cuenta de ahorro individual de la demandante como el fondo de garantía de la pensión mínima, los rendimientos, bonos pensionales, por lo cual solicita se ordene a la AFP demandada retornar dichos emolumentos.

CONSIDERACIONES

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

Previo a determinar el problema jurídico, es necesario hacer la siguiente precisión, conforme a las pruebas documentales allegadas al plenario se observa que la demandante cotizó a Cajanal a través de los empleadores Ministerio de Hacienda y Procuraduría General de la Nación, obra formulario de afiliación y traslado con la AFP Porvenir de fecha 19 de diciembre de 1995, posteriormente, se evidencia que la actora fue trasladada a Colpensiones por liquidación de Cajanal en el mes de julio de 2009, también se encuentra copia de la resolución GNR 208727 del 10 de junio de 2014, en la cual Colpensiones le reconoció la pensión de vejez, condicionado su ingreso a nómina una vez acreditara su retiro definitivo del servicio y la resolución VPB 27597 del 25 de marzo de 2015, en la cual se desató el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, decidiendo Colpensiones confirmar la resolución anterior y solicitando a la señora Gloria Torres Urrego la autorización para revocar la resolución GNR 208727 del 10 de junio de 2014, al encontrarse efectivamente afiliada al RAIS.

Igualmente, se encuentra oficio BZ2019_4036791 del 2 de abril de 2019, dirigida a la actora por parte de Colpensiones, en la cual dicha entidad le comunica que su vinculación al régimen de seguridad social en pensiones se encuentra activa desde el 19 de diciembre de 1995, con la AFP Porvenir. Asimismo, milita respuesta con radicado 0100222088057200 de fecha 12 de abril de 2018, dirigida al Procurador Delegado Luis Adolfo Díaz Granados Quimbaya, por parte del Coordinador de Atención Integral a Clientes de la AFP Porvenir S.A., señor Orlando Valencia Agudelo, en la cual se resuelve sobre las inconsistencias de afiliación de la señora Gloria Esperanza Torres, informándole: *«Conforme a lo anterior, esta Sociedad Administradora actualizó la información a través (sic) del Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones, con el fin de formalizar la afiliación ante esta administradora, razón por la cual la señora Gloria se encuentra correctamente afiliada, no siendo procedente el traslado a Colpensiones»*.

Explicado lo anterior, queda claro que la controversia dentro del presente litigio no gira respecto de una multifiliación entre regímenes pensionales, pues no existe discusión en cuanto a que la promotora del litigio se encuentra válidamente afiliada al RAIS; por lo tanto, el **PROBLEMA JURÍDICO** que corresponde decidir a esta Sala de decisión consiste en 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 aportes realizados por ella en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Gloria Esperanza Torres Urrego nació el 1 de septiembre de 1956 (f° 28, archivo 02 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que realizó cotizaciones Cajanal desde el 3 de marzo de 1980, hasta julio de 2009, siendo trasladados sus aportes a Colpensiones en el mes de julio de 2009 (f° 129 a 130, archivo 07 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el **19 de diciembre de 1995**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A., entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (f° 113, archivo 07, f° 73, archivo 14 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** que Colpensiones mediante resolución GNR 208727 del 10 de junio de 2014, le reconoció la pensión de vejez a la demandante, condicionado su ingreso a nómina una vez acreditara su retiro definitivo del servicio; y **v)** que mediante resolución VPB 27597 del 25 de marzo de 2015, se desató el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, decidiendo Colpensiones confirmar la resolución anterior y solicitó a la señora Gloria Torres Urrego la autorización para revocar la resolución GNR 208727 del 10 de junio de 2014, al encontrarse efectivamente afiliada al RAIS por traslado de régimen efectuado en el año 1995, con la AFP Porvenir (carpeta 002, expediente administrativo, archivo 14 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 al momento en 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 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 el 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 **–19 de diciembre 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 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 S.A. suscrito el **19 de diciembre 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.

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).

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); ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que este no se desprende confesión alguna, que permitan acreditar que en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Porvenir, haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, como así lo pretende hacer ver la recurrente. 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.

Adicionalmente, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL5655-2021, en la cual se definió que, una vez declarada la ineficacia, procedía el regreso de los afiliados de Cajanal, al régimen de prima media, hoy administrado por Colpensiones. Allí se indicó:

(...) es oportuno destacar que el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de Cajanal y dispuso el traslado de sus afiliados al ISS, hoy Colpensiones.

Asimismo, que el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad a la que le delegó, entre otras funciones, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas de los afiliados a Cajanal, «causados hasta su cesación de actividades como administradora; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras».

En este asunto no se discute que para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual -1.º de marzo de 2003— no tenía un derecho consolidado, de modo que la UGPP no tiene incidencia en el eventual reconocimiento de sus prestaciones (CSJ SL2208-2021).

Así las cosas, el regreso al statu quo implica que la actora debe ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones —Colpensiones, que asumió esta obligación conforme se indicó. (Subrayado fuera del texto).

Por lo anterior, no queda duda alguna que la decisión adoptada por el Juez de conocimiento, resulta acertada y es consecuente con los pronunciamientos emitidos por el órgano colegiado, razón suficiente para confirmar la decisión de instancia, en lo que a este tema objeto de estudio se refiere.

De otro lado, con la finalidad de desatar el recurso interpuesto, se debe advertir lo siguiente, respecto de 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 el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud de 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 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, 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, 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, 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.

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).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso la demandada Colpensiones, 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, 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 Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** 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, 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, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada 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 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 \$1.160.000.



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	11001310500720190076401
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JACQUELINE LINARES BARATO
DEMANDADOS	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **Jaqueline Linares Barato** se deje sin valor y efecto la afiliación efectuada en el mes de julio del año 1994, con la AFP Protección S.A. por existir engaño y asalto en su buena fe. En consecuencia, se condene a Colpensiones a registrarla como afiliada en el RPM como si nunca se hubiera trasladado, al pago de costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado ultra y extra petita (fº 10, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 7 a 8, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 21 de noviembre de 1966; que a partir del 9 de noviembre de 1989, comenzó a cotizar en el RPM en el ISS hoy Colpensiones; que en el mes de julio de 1994, los asesores comerciales de la AFP Protección S.A. motivaron su traslado al RAIS bajo un acoso sistemático, ofreciéndole beneficios superiores a los que podía obtener en el RPM al momento de pensionarse, incluso le dijeron que podía pensionarse antes de la edad requerida en el RPM; que la AFP demandada le realizó una simulación

pensional proyectándose para a los 57 años de edad una mesada pensional en el RAIS de \$1.200.000, mientras en el RPM sería de \$ 3.880.000.

Por último, sostuvo que presentó derecho de petición ante Colpensiones solicitando el traslado de régimen pensional, entidad que le contestó que no podía acceder a su petición por no tener 15 años cotizados al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 150 a 182, a archivo 01, 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 y cotizaciones efectuadas en el RPM, así como la reclamación presentada ante la entidad y su respuesta; con relación a los demás hechos dijo no ser ciertos y no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f° 190, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, acepto la fecha de nacimiento de la demandante, en cuanto a los restantes manifestó no ser ciertos y no constarle.

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 y del sistema general de pensiones, innominada o genérica e inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de abril de 2023 (archivo 14 y 15, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación realizado por la señora demandante JACQUELINE LINARES BARATO a la AFP PROTECCIÓN el día 21 de julio de 1994.

SEGUNDO: Se **ORDENA** a PROTECCIÓN S.A., a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante JACQUELINE LINARES BARATO, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la señora demandante desde su afiliación a PROTECCIÓN en 1994, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y 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.

Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a PROTECCIÓN el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación por estado del auto de obediencia al Superior, deberá presentar al juzgado un informe discriminando en forma debida todos los valores objeto de devolución; junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes que se devuelvan, los valores de los descuentos objeto de devolución, los valores de la indexación y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibir a la señora demandante JACQUELINE LINARES BARATO como su afiliada sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al Instituto De Seguros Sociales en 1989.

QUINTO: Dadas las results del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones Y Protección S.A.

SEXTO: las costas son cargo de **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN**. Las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en 2 SMMLV a cargo de Colpensiones y Protección.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que los Fondos Privados de Pensiones, desde su fundación, tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la 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 la mejor opción en el mercado, conforme lo estableció la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en consonancia con lo previsto en el Decreto 663 de 1993 y el Decreto 656 de 1994. Resaltó que, el artículo 1603 del Código Civil, consagra el principio de buena fe en la celebración de contratos, el cual implica que las partes deben contar con la información suficiente sobre los actos que celebran, máxime tratándose de relaciones contractuales derivadas del Sistema de Seguridad Social en favor de trabajadores.

Arguyó que, ese deber de informar no nació a partir de la norma que reformó la Ley 100 de 1993; que respecto a esa evolución normativa del deber de información en cabeza de la AFP, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452 de 2019, aclaró y sintetizó el tema, en tres etapas: **i)** deber de información, artículo 13, literal b), artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; encontrándose la AFP en esta etapa al momento

en que se efectuó el traslado de la demandante al RAIS, esto es, en el año 1999, por lo que tenía como mínimo el fondo de ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales vigentes; *ii)* en esta etapa, con la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010, el legislador introdujo el deber de asesoría y buen consejo; *iii)* con la ley 1748 de 2014 y Decreto 2061 de 2015, se introdujo la doble asesoría.

Refirió que, no podía olvidarse que de acuerdo con lo enseñado por la Corte, el deber de información debió cumplirse desde la pre afiliación al sistema y durante su permanencia al fondo privado. De otro lado, señaló que al afirmar la actora que no recibió asesoría al momento del traslado pensional, se estaba frente a un supuesto negativo que debía valorarse frente a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, en cuanto a que las negaciones indefinidas no requerían de prueba, por lo que era obligación de la AFP probar que sí había suministrado la información suficiente, lo cual también tenía asidero con lo señalado en el artículo 1604 del Código Civil.

Precisó que, de las pruebas que fueron arrimadas por las partes al proceso y las que se habían practicado y conforme a lo normado en los artículos 60 y 61 del CPTSS, debía indicarse que en este caso no obraba ningún medio probatorio de convicción que brindará certeza y veracidad suficiente de que Protección al momento de vincular a la demandante al RAIS y como su afiliada desde 1994, le hubiera suministrado información veraz, clara, precisa y detallada respecto a las consecuencias que sería para su futuro pensional la decisión de vincularse a ese fondo privado, situación que constituía una flagrante omisión a su deber de información en los términos legales, debiéndose tener en cuenta que en el curso del proceso no se había aportado ninguna prueba de la información que se le había suministro a la demandante al momento de su vinculación aparte del formulario de afiliación, lo cual generaba la ineficacia del traslado por falta del deber de información.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que dentro del expediente no obraba ninguna prueba que demostrará que se estaba en presencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, esto es, error, fuerza o dolo. Asimismo, se indicó que se estaba frente a punto de derecho que no tenía fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado, existiendo una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, al otorgarse toda la responsabilidad en cabeza de las AFP, sin exigirse a la parte demandante aportar soporte alguno que demostrará que estaba en presencia de algún vicio del consentimiento.

Arguyó que, debía tenerse en cuenta las obligaciones legales y recíprocas que tenían los afiliados al Sistema General de Pensiones, las cuales estaban consagradas en el Decreto 2241 del 2010, que establece que los afiliados deben informarse adecuadamente sobre las condiciones del sistema y aprovechar los mecanismos de divulgación, información y capacitación para conocer su funcionamiento, destacándose en este caso particular el silencio del transcurso en el tiempo por parte de la actora, entendiéndose con ello que es consciente de permanecer en el RAIS.

Por otro lado, trajo a colación una de las sentencias proferidas por Tribunal Superior de Bogotá bajo el radicado 2018-00445 del Magistrado Doctor David Correa, donde se establece sobre la prohibición legal que existe en este tipo de procesos y manifiesta que no es posible que los demandantes ahora pretendan una ineficacia o una nulidad cuando observó que su pensión no estaría acorde a sus aspiraciones económicas y, por ende, el afiliado debe someterse a las condiciones del Sistema General de Pensiones tal como lo optó al momento de admitir la firma del formulario de afiliación.

En cuanto al principio de la descapitalización del sistema pensional, adujo que las decisiones tomadas por los despachos judiciales al declarar la ineficacia jurídica quebraban directamente el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, tal y como se señalaba en las sentencias C 1024-2004, SU 062-2010, y SU 130-2013, ello teniendo en cuenta que la promotora del litigio no ayudó a financiar las pensiones de los demás afiliados en el RPM y su ahorro no sería suficiente para sufragar su propia pensión.

Finalmente, solicitó la absolución frente a la condena en costas conforme a lo indicado en el artículo 48 de la Constitución Política que refiere que no se pueden destinarse los recursos de la entidad para fines diferentes a ello.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta 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 Protección S.A. es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos 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 Jaqueline Linares Barato nació el 21 de noviembre de 1966 (f° 23, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculada al ISS realizando aportes pensionales desde el 9 de noviembre de 1989, hasta julio de 1994, reuniendo un total de 55,29 semanas de cotización (f° 83 y 213, archivo 01, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **21 de julio de 1994**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Protección S.A., entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (f° 212, archivo 01, 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 **–21 de julio 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 Protección 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 Protección S.A. suscrito el **21 de julio 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.

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 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.

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 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); 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, 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).

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 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 Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: 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 en la suma de \$1.160.000.



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	11001310500720190078201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	EFIGENIA ROMERO CORONADO
DEMANDADOS	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **Efigenia Romero Coronado** se declare la nulidad del traslado del RPM administrado por Colpensiones al RAIS con la AFP Protección S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna sobre las ventajas y sus desventajas de uno y otro régimen pensional. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a incluirla como afiliada, recibiendo los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS y contabilizar para efectos de la pensión las semanas cotizadas en el otro régimen, asimismo se ordene a las AFP demandadas devolver a Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, aportes de cualquier concepto y todos los rendimientos que se hubieran causado, a lo que resulte probado ultra y extra petita y al pago de costas procesales (fº 4, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 4 a 5, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que estuvo afiliada al ISS desde el 24 de mayo de 1997; que el 1 de agosto del año 2000, se trasladó a la AFP Protección S.A. y posteriormente, se trasladó a la AFP Old Mutual S.A. el 1 de abril de 2012; que al momento del traslado no fue asesorada de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno y otro régimen pensional, no se le informó sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de ese régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, no se le dijo nada sobre el régimen que más le convenía teniendo en cuenta su historia laboral y edad, no le indicaron cuál debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para poder llegar a adquirir el derecho a su pensión y el monto, ente otros aspectos importantes.

Por último, señaló que mediante solicitud con radicado No. 2019-113593729 del 8 de octubre de 2019, solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, solicitud que fue rechazada.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 119 a 151, a archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó la fecha de vinculación de la actora ante dicha entidad; respecto a los demás dijo no constarle. Propuso, como excepciones de fondo, las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **AFP SKANDIA S.A.** contestó (f° 163 a 178, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo, las de Skandia no participó, ni intervino en el momento de la selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causal de nulidad, 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 fácticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f° 211 a 218, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y fecha del traslado al RAIS; respecto de los demás, dijo no ser ciertos y no constarle. Como medio de defensa, propuso las excepciones de validez de la afiliación, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de junio de 2023 (archivo 21 y 22, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora **EFIGENIA ROMERO CORONADO** con la **AFP PROTECCIÓN** el 1 de agosto del año 2000, contenida en el formulario No. 5438422 y con la **AFP SKANDIA** el 2 de febrero de 2012, contenida en el formulario No. 592158.

SEGUNDO: ORDENAR a **SKANDIA S.A.**, a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora **EFIGENIA ROMERO CORONADO** dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**.

TERCERO: ORDENAR a **PROTECCIÓN Y SKANDIA S.A.** a devolver a **Colpensiones**, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde agosto de 2000 y abril de 2012, cuando ocurrió los traslados del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado en el término de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminado con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A.**, y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que los Fondos Privados de Pensiones, desde su fundación, tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la 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 la

mejor opción en el mercado, conforme lo estableció la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en consonancia con lo previsto en el Decreto 663 de 1993 y el Decreto 656 de 1994. Resaltó que, el artículo 1603 del Código Civil, consagra el principio de buena fe en la celebración de contratos, el cual implica que las partes deben contar con la información suficiente sobre los actos que celebran, máxime tratándose de relaciones contractuales derivadas del Sistema de Seguridad Social en favor de trabajadores.

Arguyó que, ese deber de informar no nació a partir de la norma que reformó la Ley 100 de 1993; que respecto a esa evolución normativa del deber de información en cabeza de la AFP, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452 de 2019, aclaró y sintetizó el tema, en tres etapas: *i)* deber de información, artículo 13, literal b), artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; encontrándose la AFP en esta etapa al momento en que se efectuó el traslado de la demandante al RAIS, esto es, en el año 1999, por lo que tenía como mínimo el fondo de ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales vigentes; *ii)* en esta etapa, con la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010, el legislador introdujo el deber de asesoría y buen consejo; *iii)* con la ley 1748 de 2014 y Decreto 2061 de 2015, se introdujo la doble asesoría.

Refirió que, no podía olvidarse que de acuerdo con lo enseñado por la Corte el deber de información debió cumplirse desde la pre afiliación al sistema y durante su permanencia al fondo privado. De otro lado, señaló que al afirmar la actora que no recibió asesoría al momento del traslado pensional, se estaba frente a un supuesto negativo que debía valorarse de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, en cuanto a que las negaciones indefinidas no requerían de prueba, por lo que era obligación de la AFP probar que sí había suministrado la información suficiente, lo cual también tenía asidero con lo señalado en el artículo 1604 del Código Civil.

Precisó que, de las pruebas que fueron arrimadas por las partes al proceso y las que se habían practicado y conforme a lo normado en los artículos 60 y 61 del CPTSS, debía indicarse que en este caso no obraba ningún medio probatorio de convicción que brindará certeza y veracidad suficiente de que los fondos privados demandados Protección y Skandia al momento de vincular a la demandante, le hubieran suministrado información veraz, clara, precisa, y detallada respecto a las consecuencias que le generaría su futuro pensional la decisión de vincularse a esos fondos privados, situación que constituía una flagrante omisión en su deber de información, aunado a que del interrogatorio de parte practicado a la demandante, no se desprendía ningún tipo de confesión que determinara que efectivamente alguno de los fondos privados hubiera cumplido con ese deber de información.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación solicitando se tuviera en cuenta la prohibición legal que recaía sobre la demandante, ya que para el momento de solicitar el retorno al RPM se encontraba bajo el impedimento establecido en el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Asimismo, debía considerar que no se había acreditado ningún vicio del consentimiento; que de acuerdo al interrogatorio de parte rendido por la actora se podía apreciar que para el momento del traslado no había presentado algún tipo de coerción al momento de la suscripción del formulario de afiliación al RAIS.

Indicó que, si bien la AFP debía informar de manera suficiente a la actora, eso no la exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional del cual dependía sus expectativas económicas, como tampoco la sustraía del deber que tenía de acudir a la ley y la capacidad con la que contaba para celebrar actos y contratos, pues para el momento del traslado era mayor de edad y plenamente capaz; solicitó se tuviera en cuenta que la declaración injustificada de declarar la ineficacia del traslado al RAIS afectaba la sostenibilidad financiera del sistema y ponía en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

De otra parte, solicitó que en caso de confirmarse la decisión de primera instancia la misma se condicionara a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante como son cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas, gastos de administración y los demás a que hubiere lugar debidamente indexados por el período en que permaneció afiliada al fondo privado comoquiera que no podría dar cumplimiento al fallo hasta tanto las AFP reintegrarán esos recursos, igualmente se ordene a las AFP a no realizar descuentos por conceptos de seguros de invalidez o de vejez.

Finalmente, pidió no fuera condenada al pago de costas procesales, toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz o nulo, y es un tercero al que se le está causando un daño injustificado.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandada Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta 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 Protección S.A., y posteriormente, con la AFP Skandia 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 Efigenia Romero Coronado nació el 2 de marzo de 1966 (f° 82, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculada al ISS realizando aportes pensionales desde el 8 de noviembre de 1984, hasta el 31 de julio del año 2000, reuniendo un total de 283,43 semanas de cotización (f° 83, archivo 01, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que el **1 de agosto del año 2000**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Protección S.A. (f° 45, archivo 21, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iv)* que realizó traslados horizontales a través de la AFP Skandia con quien se vinculó el 2 de febrero de 2012, entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (f.° 189, archivo 01, 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 —**1 de agosto del año 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 Protección 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 Protección S.A. suscrito el **1 de agosto del año 2000**, 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.

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 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 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, 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); 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, 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).

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 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 Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: 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 en la suma de \$1.160.000.



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	11001310500720210033501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ÉDGAR OSWALDO ROJAS CACHEPE
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. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **Édgar Oswaldo Rojas Cachepe** se declare la nulidad de la afiliación al RAIS efectuada con las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A.; por consiguiente, se declare que tiene derecho a regresar al RPM. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar las cotizaciones efectuadas en el RAIS al RPM administrado por Colpensiones, y a esta última, a recibirlos; que se condene al pago de costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado ultra y extra petita (fº 2, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 2 a 3, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que inició sus cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones desde el 1 de febrero de 1979, con el ISS hoy Colpensiones; que en el año

1997, se trasladó del RPM al RAIS a través de Protección S.A.; que al momento del traslado el asesor no le explicó los verdaderos beneficios y riesgos de trasladarse de régimen; que, por el contrario, le manifestó de forma fraudulenta y engañosa que le era más beneficioso estar en el RAIS porquesu pensión iba a ser más alta.

Relató que, en el año 1998, se afilió a Porvenir S.A., momento para el cual el asesor no le explicó cómo funcionaba el RAIS, sus beneficios y riesgos; posteriormente, en el año 2011, se afilió a Colfondos S.A. entidad que tampoco cumplió con su deber de información; que mediante asesoría del 11 de marzo de 2011, bajo el radicado 210305-000862, la AFP Colfondos le indicó que el capital que tenía no le alcanzaba ni siquiera para una pensión de salario mínimo, viéndose afectado, pues de su historia laboral se encuentran efectuados aportes más elevados al SMLMV; que mediante oficio con radicado No. 210305-000862 del 11 de marzo de 2021, Colfondos S.A. negó el traslado de régimen pensional, solicitud que también fue negada por Colpensiones mediante oficio BZ2021_4123923 del 13 de abril de 2021.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 18, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos dijo no ser ciertos y no constarle. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó (archivo 20, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó la petición y respuesta otorgada al demandante, frente a los demás señaló no ser ciertos y no constarle. 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 RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 21, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos, aceptó la afiliación y traslado de régimen pensional que se efectuó a través de dicha entidad en el mes de septiembre de 1997; respecto de los demás, dijo no ser ciertos y no contarle.

Como medio de defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, reconocimiento de restitución mutua en

favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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.

COLPENSIONES contestó (archivo 22, carpeta 1ª inst. exp. digital), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda; respecto a los hechos, aceptó afiliación y aportes efectuados por el actor ante dicha entidad, así como la respuesta que se le brindó a la petición solicitada.

Como excepciones de fondo formuló, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia de derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 6 de julio de 2023 (archivo 45 y 46, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor ÉDGAR OSWALDO ROJAS CACHOPE con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 29 de septiembre de 1997, contenida en el formulario No.6000296977, con la AFP PORVENIR el 11 de noviembre de 1998, contenida en el formulario No. No. 01106010 y con la AFP COLFONDOS el 25 de febrero de 2011, contenida en el formulario No.10539484.

SEGUNDO: ORDENAR a **COLFONDOS S.A.**, a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor ÉDGAR OSWALDO ROJAS CACHOPE dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a **PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS S.A.**, a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales del demandante desde septiembre de 1997, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, se le concede al fondo demandado el término de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe discriminado con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. – COLFONDOS S.A.

SEXTO: SE CONDENAN en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que los Fondos Privados de Pensiones, desde su fundación, tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la 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 la mejor opción en el mercado, conforme lo estableció la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en consonancia con lo previsto en el Decreto 663 de 1993 y el Decreto 656 de 1994. Resaltó que, el artículo 1603 del Código Civil, consagra el principio de buena fe en la celebración de contratos, el cual implica que las partes deben contar con la información suficiente sobre los actos que celebran, máxime tratándose de relaciones contractuales derivadas del Sistema de Seguridad Social en favor de trabajadores.

Arguyó que, ese deber de informar no nació a partir de la norma que reformó la Ley 100 de 1993; que respecto a esa evolución normativa del deber de información en cabeza de la AFP, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452 de 2019, aclaró y sintetizó el tema, en tres etapas: **i)** deber de información, artículo 13, literal b), artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; encontrándose la AFP en esta etapa al momento en que se efectuó el traslado del demandante al RAIS, esto es, en el año 1999, por lo que tenía como mínimo el fondo de ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales vigentes; **ii)** en esta etapa, con la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010, el legislador introdujo el deber de asesoría y buen consejo; **iii)** con la ley 1748 de 2014 y Decreto 2061 de 2015, se introdujo la doble asesoría.

Refirió que, no podía olvidarse que de acuerdo con lo enseñado por la Corte el deber de información debió cumplirse desde la pre afiliación al sistema y durante su permanencia al fondo privado. Enfatizó que, el demandante para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con 31 años de edad y 402,58 semanas cotizadas; por lo tanto, no era beneficiario del régimen de transición. De otro lado, señaló que al afirmar el actor que no recibió asesoría al momento del traslado pensional, se estaba frente a un supuesto negativo que debía valorarse frente a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, en cuanto a que las

negaciones indefinidas no requerían de prueba, por lo que era obligación de la AFP probar que sí había suministrado la información suficiente, lo cual también tenía asidero con lo señalado en el artículo 1604 del Código Civil.

Precisó que, de las pruebas que fueron arrimadas por las partes al proceso y las que se habían practicado y conforme a lo normado en los artículos 60 y 61 del CPTSS, debía indicarse que en este caso no obraba ningún medio probatorio de convicción que brindará certeza y veracidad suficiente de que inicialmente el fondo Colmena hoy Protección, y posteriormente los fondos Porvenir y Colfondos, al momento de vincular al demandante le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que tenía su futuro pensional la decisión de trasladarse al RAIS y de mantenerse vinculado en este régimen, situación que constituía una flagrante omisión en su deber de información en los términos legales y jurisprudencialmente relacionados en la sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación respecto de la orden de devolver los gastos de administración, las sumas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado.

Sostuvo que, en cuanto a la indexación había sido un emolumento que no se había solicitado en la demanda; por lo tanto, la sentencia debía guardar concordancia con lo realmente petitionado por el accionante; que uno de los argumentos del fallador para condenar a la indexación era respecto a la actualización monetaria, frente a lo cual consideraba que dichos valores no habían perdido su poder adquisitivo durante el tiempo, ya que mientras el demandante estuvo afiliado o vinculado a la entidad, en su cuenta de ahorro individual siempre se mantuvo una rentabilidad mínima que le generaron unos rendimientos financieros, lo cual compensaba cualquier tipo de quebranto. Asimismo, debía tenerse en cuenta que los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual del señor Édgar Rojas habían sido efectivamente trasladados a las AFP que con posterioridad se había trasladado, no siendo dable que se le achacara una condena por indexación por todo ese tiempo.

Agregó que, tampoco era correcto que debiera devolver lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues no resultaba acorde con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 del 2008, que establece que dicho concepto solo está a cargo de la última entidad en donde se encuentra afiliado el accionante.

La **AFP COLFONDOS** sustentó su recurso señalando que siempre cumplió con el deber de información; que jamás existió omisión, como tampoco indebida o equivocada asesoría al demandante, quien es una persona mentalmente capaz y que contaba con la capacidad de analizar los argumentos manifestados por los asesores de la entidad, a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión.

Refirió que, no resultaba válido que después de permanecer varios años afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad se hubiera dado cuenta de que no cumplía con los objetivos de ahorro que se había propuesto cuando se trasladó de régimen, pretendiendo obtener una anulación de una afiliación completamente legal, aunado a ello, la exigencia de doble asesoría solo se dio a partir de la expedición de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2061 del año 2015, de manera que, el formulario suscrito por el accionante se ajustaba a la ley y contiene la información requerida como lo disponía el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, cumpliéndose con las exigencias legales para tal fin; además que el señor Édgar Rojas no hizo uso del derecho a retractarse de la afiliación conforme a lo establecido en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando sea revocada la decisión proferida, señalando que en el presente caso el señor Édgar Oswaldo Rojas Cachepe al momento de la solicitud del traslado se encontraba inmerso en la prohibición normativa establecida en el literal e), artículo 2 de la ley 797 del 2003, sin que se observará algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo dentro del acto de afiliación realizado con la AFP Colmena para el año 1997, y con los fondos con los que posteriormente se afilió.

Indicó que, el actor tampoco había optado por desistir de esa afiliación dentro de los términos estipulados por la Ley, adicionalmente para el año 1997, fecha de afiliación al RAIS, se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993, que no exigía requisito adicional al formulario de afiliación el cual fue aportado al proceso, cumpliendo la AFP Colmena con su deber de información. Adicionalmente, debía tenerse en cuenta la descapitalización del sistema, por cuanto si bien no era un efecto que se diera de manera inmediata o que se pudiera aprobar dentro del trámite procesal, era una consecuencia que a futuro afectaba a la entidad, debido al número de afiliados que día tras día requerían de la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, atendiendo al monto de la mesada pensional, que evidentemente resultaba más alto del que se pudiera recibir en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por último, solicitó que en caso de confirmarse la decisión de primera instancia se condicionara el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones, previa la devolución

de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, por parte de las AFP demandadas y posterior a ello, se procediera a actualizar la historia laboral del actor.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Porvenir, Colfondos 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 el demandante a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., y posteriormente, con las AFP Porvenir y Colfondos 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: *i)* que el señor Édgar Oswaldo Rojas Cachope nació el 6 de octubre de 1962 (f° 3, archivo 02 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculado al ISS realizando aportes pensionales desde el 1 de febrero de 1979, hasta el 30 de septiembre de 1997, reuniendo un total de 518,14 semanas de cotización (f° 4, archivo 02, f° 61 archivo 06, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que el **29 de septiembre de 1997**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Colmena hoy Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1 de noviembre de 1997 (f° 45, archivo 21, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iv)* que realizó traslados horizontales a través de varios fondos privados, así: AFP Porvenir S.A. el 11 de noviembre de 1998 (f.° 75 archivo 18, carpeta 1ª inst. exp. Digital) y con la AFP Colfondos S.A. el 28 de febrero de 2011 (f.° 95, archivo 20, carpeta 1ª inst. exp. Digital) entidad en la cual se encuentra afiliado 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 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 disfavors 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 de Casación 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 —**29 de septiembre de 1997**—, 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 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 Colmena hoy Protección S.A. suscrito el **29 de septiembre de 1997**, 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.

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 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 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, tratándose de afiliados, la Sala ha adocctrinado 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, 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).

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, Porvenir S.A. y Colfondos 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 Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos 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, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., en la suma de \$1.160.000, 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	11001310500820200020702
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	OLGA LUCÍA ZORRO SALAMANCA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **Olga Lucía Zorro Salamanca**, se **declare** la ineficacia, nulidad o inexistencia del acto de traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad; que para todos los efectos jurídicos se declare que siempre ha permanecido en el RPM, administrado actualmente por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. a la devolución de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración con destino a Colpensiones, que esta última entidad reactive la afiliación en el RPM y reciba los aportes y rendimientos devueltos por el fondo privado, asimismo, actualice y corrija su historia laboral; se condene a Porvenir S.A. al reconocimiento y pago de perjuicios morales causados, los cuales estima en la suma de 200 SMLMV y al pago de costas procesales (fº 6 a 7, archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 7 a 9, archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 22 de abril de 1967; que estuvo afiliada en el RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones desde el año 1988; que una vez comenzó a funcionar el sistema pensional administrado por los fondos privados de pensiones, estos comenzaron a ejercer una publicidad muy agresiva por diferentes medios de comunicación; que el día 20 de febrero de 1997, al no recibir información completa, veraz, oportuna, técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A. para trasladarse al RAIS; que se afilió a dicho régimen considerando que era mucho más beneficioso; que los asesores en ningún momento le explicaron las características del RPM, no le brindaron un comparativo entre ambos regímenes; que el encargado de la afiliación y traslado no contaba con título, ni formación profesional.

Agregó que, la AFP Porvenir S.A. en ningún momento le hizo la advertencia de los riesgos que existía por trasladarse de régimen, no le advirtieron que la pensión en el RAIS podía ser inferior, no se le informó que el valor de la pensión dependía de la modalidad que escogiera, no se indicó de la negociación del bono pensional, ni cómo funcionaba el fondo privado, tampoco se le dijo el derecho que tenía de retractarse.

Sostuvo que, la AFP Protección realizó proyección de su mesada pensional, señalándole que a los 57 años de edad correspondería en el RAIS en la suma de \$1.509.400, mientras que en el RPM sería de \$2.793.738; que el día 27 de mayo de 2020, solicitó ante la AFP demandada se aceptará la ineficacia, nulidad o inexistencia de la afiliación, sin que diera respuesta a la misma; que el día 1 de junio de 2020, presentó la misma solicitud ante Colpensiones, quien respondió el 4 de junio de esa misma calenda negando la petición.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES 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 demandante, la afiliación de la actora en el RPM, petición presentada ante la entidad y respuesta que se otorgó mediante oficio BZ2020_5334965 del 4 de junio de 2020; respecto de los demás hechos, manifestó no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, prescripción, caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Por su parte, 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 la fecha de nacimiento de la demandante y la petición formulada ante la entidad; respecto de los demás hechos, señaló no constarle y no ser ciertos. Propuso, como excepciones de fondo, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de mayo de 2023 (archivos 27 y 28, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora OLGA LUCÍA ZORRO SALAMANCA realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 20 de febrero de 1997, mediante su afiliación a PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora OLGA LUCÍA ZORRO SALAMANCA, conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora OLGA LUCÍA ZORRO SALAMANCA, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PORVENIR liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de \$1.160.000 de pesos.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que de conformidad con el 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 que quisieran, como también tenían la posibilidad de modificar la selección inicial, pudiendo trasladarse de régimen por una sola vez después de transcurridos 3 años, disposición que había sido modificada por la Ley 797 del 2003; que en su artículo segundo estableció los 5 años como tiempo mínimo de permanencia antes de un traslado de régimen, precisando la norma que no era posible trasladarse cuando el afiliado tuviera

10 años o menos para acceder al derecho pensional, prohibición que contaba con una excepción establecida por la Corte Constitucional en sentencia C 789 del 2002.

Arguyó que, teniendo en cuenta la fecha de nacimiento de la demandante 22/04/1967, los 57 años de edad los cumpliría el 22 de abril del año 2024, por lo cual se encontraba inmersa en la prohibición referida en la norma previamente señalada y no acreditaba 15 años de servicios para que le fuera aplicable la excepción establecida por la Corte Constitucional. Acotó que, para resolver la solicitud de ineficacia por falta del deber de información, debía hacer un recuento normativo sobre la materia, sosteniendo que desde el Decreto 663 de 1993, se hablaba de una información necesaria para lograr la mayor transparencia de las operaciones que realizarán los usuarios, de tal suerte que tuvieran la posibilidad de escoger las mejores opciones del mercado.

Seguidamente, adujo que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias SL12316-2014 y SL 4360-2019, como en otras ha establecido la obligación que recae en las AFP de suministrar a sus afiliados la información completa y suficiente antes del traslado de régimen, dando a conocer las condiciones de su derecho pensional en uno u otro régimen, las características de cada uno y la incidencia que tales aspectos puedan tener en su situación pensional; que en el presente asunto la demandante se había afiliado al RAIS el 20/02/1997, sin que la AFP demandada hubiera aportado medios de convicción tendientes a demostrar que brindó a la actora la información necesaria, por lo cual resultaba procedente la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional.

Frente a la solicitud de reconocimiento y pago de perjuicios morales, refirió que tal petición resultaba improcedente, por cuanto la actora no había demostrado el supuesto sobre cual fundaba la petición.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que, si bien existía un precedente jurisprudencial planteado y formado por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción del trabajo, esta misma Corporación había indicado que el precedente no se podía aplicar de manera homogénea e indiscriminada a todos los procesos donde se solicitará la nulidad o la ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber la información; que si bien existía una similitud en las condiciones fácticas

de cada caso, en el presente asunto no se daban, ya que la demandante había realizado voluntaria, libre e informada su traslado al régimen pensional de conformidad con la normativa vigente para el año 1997.

Precisó que, con independencia del tipo de información otorgada por parte de la entidad sobre las características del sistema general de pensiones, debía advertirse que las mismas se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante había podido validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada; por consiguiente, no existían razones fácticas o jurídicas que permitieran establecer la declaratoria de eficacia del traslado, pues previamente se le había otorgado información suficiente y veraz, procediendo a suscribir el formulario de vinculación.

En cuanto a la devolución de los rendimientos financieros, indicó que si se estaba declarando ineficaz el acto, el efecto natural de dicha decisión implicaba que los recursos que se trasladarán como rendimientos debían corresponder a los que se hubieran generado ante Colpensiones y no los que se generaron en el régimen de ahorro individual, pues no tenía sentido que si el traslado al régimen no había surtido un efecto legal, se obligará a trasladar los rendimientos propios de este régimen; en ese sentido, no era procedente que la administradora debiera restituir la sumas por concepto de gastos de administración, como quiera que estos habían sido destinados conforme al mandato legal, de tal suerte que habían sido debidamente invertidos en la forma en la que exigía la norma y ya no se encontraban en su poder.

Respecto a que los emolumentos fueran debidamente indexados, consideró que implicaba una doble condena por cuanto tenía a su vez que reintegrar los rendimientos, tal y como lo ha sostenido el Tribunal Superior de Cali y el Tribunal Superior de Cundinamarca. Finalmente, solicitó se revocará la condena en costas, como quiera que Porvenir para el año 1997, no podía rechazar la voluntad de la afiliación conforme lo estipulaba el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, en igual sentido, el Fondo siempre actuó de una manera diligente, de buena fe frente a su deber de información.

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 a favor de

Colpensiones 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 los aportes realizados por la actora en el RAIS. De igual forma, se deberá establecer si hay lugar a la imposición de costas en primera instancia.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Olga Lucía Zorro Salamanca nació el 22 de abril de 1967 (f° 22, archivo 02 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculado al ISS entre el 11 de julio de 1988, hasta el 31 de marzo de 1997, reuniendo un total de 443,71 semanas de cotización (f° 35, archivo 02 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **20 de febrero de 1997**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A., que se hizo efectiva a partir del 1 de abril de 1997, entidad en la se encuentra afiliada actualmente (f° 18 y 25, archivo 6, 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 la ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información al momento en 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 el 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 —**20 de febrero de 1997**—, 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 S.A. de fecha **20 de febrero de 1997**, 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).

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.

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 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, todo lo anterior 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.

Así, no queda duda alguna que 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 pérdida, 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 lo que se despacharán desfavorablemente los reparos que al respecto formuló Porvenir.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir 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**, 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 accionante 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 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).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso la demandada Colpensiones, 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 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 la demandada AFP Porvenir S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

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 TERCERO de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la 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, 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 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 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 Porvenir S.A., en la suma de \$1.160.000.



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	11001310500820200029501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GLORIA FANNY ACEVEDO GÓMEZ
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 Fanny Acevedo Gómez** se **declare** que tiene derecho a la indemnización sustitutiva por los tiempos privados cotizados en Colpensiones; en consecuencia, se condene a la demandada a reconocerle la correspondiente indemnización junto con los respectivos intereses e indexación y al pago de costas procesales (f°3, PDF Demanda_17_9_2020,04_09_36, carpeta 02. Demanda 2020-295- carpeta 1 instancia - exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1 a 2 – PDF Demanda_17_9_2020,04_09_36, carpeta 02. Demanda 2020-295- carpeta 1 instancia - exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 26 de diciembre de 1953; que contaba con 66 años de edad para el momento en que se instauró la demanda; que

realizó petición de reconocimiento de indemnización sustitutiva de vejez el 3 de octubre de 2013, bajo el radicado No. 2013_7112624; que para la fecha en que se radicó la demanda, Colpensiones aún no había dado respuesta a su petición.

Relató que, es pensionada por jubilación como empleada pública, situación que se constata mediante resolución 001096 del 24 de marzo de 2009; que efectuó cotizaciones como independiente desde el 1 de septiembre de 2006, hasta el 30 de junio de 2007, los cuales no se tuvieron en cuenta para el cómputo de su pensión como empleada pública.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 07- carpeta 1 instancia - exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la actora, reconocimiento de la pensión, jubilación por aportes Ley 71 de 1988, a favor de la señora Gloria Acevedo y las cotizaciones que realizó la demandante como independiente ante la entidad; frente a los demás hechos manifestó no ser ciertos.

Como excepciones de mérito propuso, prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, no configuración de intereses moratorios.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de marzo de 2022 (carpeta 15, carpeta 1 instancia - exp. digital), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que reconozca y pague a favor de la demandante GLORIA FANNY ACEVEDO GÓMEZ, la indemnización sustitutiva de

la pensión de vejez, debidamente indexada, por los periodos en que cotizó la demandante como independiente, esto es desde el 1 de septiembre de 2006 al 30 de junio de 2007, para un total de 42.86 semanas cotizadas, de acuerdo con lo motivado en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción y de inexistencia del derecho y de la obligación propuestas por la accionada, relevándose el Despacho del estudio de las demás, conforme las resultas del caso.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, liquídense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de \$500.000.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que, se encontraba demostrada la calidad de pensionada de la demandante con la resolución 01096 del 24 de marzo del año 2009, expedida por el ISS de donde se extraía que se le había otorgado una pensión vitalicia de jubilación a partir del 26 de diciembre del año 2008, en cuantía inicial de \$3.329.613; que al verificarse los aportes efectuados a Colpensiones se advertía cotizaciones realizadas como independiente; que la resolución que le reconoció la pensión de jubilación se había otorgado en razón a los 20 años de servicio prestados a la Superintendencia de Industria y Comercio, a la Alcaldía Mayor de Bogotá y a la Personería de Bogotá, para un total de 5.614 días cotizados como servidora pública.

Refirió que, dicho reconocimiento había sido objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado, quien al estudiar el caso particular de la actora había concluido que la prestación debió haber sido otorgado según lo contemplado en la Ley 33 de 1985, y no de la Ley 71 de 1988, como la había concedido el ISS, destacando dicha Corporación que si bien la norma aplicable era la Ley 33 de 1985, ello no afectaba la legalidad de la prestación, por cuanto al haberse reconocido en virtud de la Ley 71 de 1988, el ISS había tenido en cuenta 20 años de servicio público, es decir, que nunca incluyó para el otorgamiento de la prestación las semanas de cotización como independiente.

Acotó que, del reporte de semanas cotizadas en pensiones se observaba que en el periodo del 01/09/2006, al 30/06/2007, la demandante había cotizado un total de 42,86 semanas; quedando claro que para el reconocimiento de la pensión otorgada solo se habían contabilizado tiempos públicos, frente a lo cual traía como

referencia la sentencia con radicado 39636 del 17 de julio del año 2013, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la que se había señalado que era compatible la pensión otorgada bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, con la pensión de la Ley 33 de 1985, ya fuera para que se otorgara por la misma AFP o por diferentes administradoras de pensiones, al considerarse que provenían de orígenes diferentes.

Concluyó que, de acuerdo con lo anterior, era compatible la pensión reconocida a la actora con la indemnización sustitutiva reclamada, toda vez que cumplía con los requisitos al contar con más de 57 años de edad y no tener la intención de seguir cotizando al sistema general de pensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación, argumentando que no compartía el análisis y los fundamentos expuestos por la Juez al considerar que no existía una compatibilidad entre la pensión de jubilación que percibía la actora y la indemnización sustitutiva por expresa prohibición contemplada en el Decreto 1730 de 2001. Relató que, si bien era cierto que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en algunas jurisprudencias había señalado sobre la compatibilidad de dichas prestaciones, era en los casos en los que la pensión había sido reconocida por parte del Fondo Prestacional del Magisterio, lo cual no sería procedente en este caso, ya que tendría Colpensiones que reconocer dos prestaciones.

Enfatizó que, permitir que la demandante obtuviera una indemnización sustitutiva por esos conceptos sería tanto como permitirle la indemnización sustitutiva por las cotizaciones o por los tiempos laborados en demás entidades públicas en las que laboró y que no fueron tenidas en cuenta para el reconocimiento pensional; que al revisarse la historia laboral se evidenciaba que en los periodos en que cotizó como independiente entre septiembre del 2006, a junio del 2007, había sido realizando aportes a través de empleadores públicos, los cuales tampoco habían sido tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación, toda vez que para el reconocimiento inicial de la pensión únicamente se incluyeron los aportes efectuados hasta diciembre de 1994.

Añadió que, debía considerarse que todas las cotizaciones que se realizaban en el régimen de prima media ingresaban a un fondo común, lo cual quería decir que esas semanas o tiempos que no se tuvieron en cuenta, o que no generaron ningún efecto en el reconocimiento prestacional para incrementar, por ejemplo, la tasa de reemplazo, no podían ser objeto de devolución de aportes, ni de devolución a través de una indemnización sustitutiva, lo cual no constituía un enriquecimiento injustificado al patrimonio de Colpensiones o un detrimento patrimonial para el afiliado, teniendo en cuenta que la finalidad del régimen de prima media era administrar un fondo común de aportes; que en el caso de la demandante estos aportes que no fueron sumados para su pensión servían para financiar prestaciones económicas de otros afiliados.

CONSIDERACIONES

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

Previo abordar el problema jurídico, es necesario precisar que conforme a la resolución No. 001096 del 24 de marzo de 2009, el ISS le reconoció a la demandante una pensión de jubilación, a partir del 26 de diciembre de 2008; sin embargo, dicha prestación no se otorgó bajo lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, puesto que en realidad la demandada le concedió a la actora fue una pensión de jubilación Ley 33 de 1985; precisamente ese fue el motivo por el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – sección Segunda, Subsección B, conoció de la reliquidación de la prestación, de manera que si hubiera sido por aportes como se dice erradamente en el acto administrativo que otorgó dicha prestación, aquella Corporación no hubiera teniendo competencia para conocer del tema, aspecto del cual se analizará con detenimiento más adelante. Entonces, habrá de decirse que la pensión que ostenta la señora Gloria Fanny Acevedo por parte de Colpensiones, es una pensión de jubilación Ley 33 de 1985.

Aclarado lo anterior, el **problema jurídico**, que ocupa la atención de la Sala consiste en determinar: **i)** si existe incompatibilidad entre la pensión de jubilación Ley 33 de 1985, y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Gloria Fanny Acevedo González nació el 26 de diciembre de 1953 (carpeta 1 – PDF Prueba_17_9_2020,04_09_36, carpeta 02. Demanda 2020-295- carpeta 1 instancia - exp. digital); **ii)** que realizó aportes pensionales a Colpensiones entre el 24 de octubre de 1977, hasta el 31 de octubre de 2007, reuniendo un total de 349,28 semanas de cotización (carpeta 08 Anexo 2 Contestación Colpensiones - carpeta 1 instancia - exp. digital); **iii)** que a través de resolución No. 001096 del 24 de marzo de 2009, el ISS le reconoció a la demandante pensión de jubilación, a partir del 26 de diciembre de 2008, en cuantía de \$3.329.613; **iv)** que mediante sentencia del 25 de febrero de 2016, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – sección Segunda, Subsección B, reliquidó la pensión de jubilación de la señora Gloria Acevedo en el equivalente al 75% del salario base de liquidación del último año de servicios (06 de mayo de 2000, al 6 de mayo de 2001), además de los factores salariales percibidos, decisión que fue confirmada parcialmente por el Consejo de Estado mediante sentencia del 7 de noviembre de 2019 (carpeta 08 Anexo 2 Contestación Colpensiones - carpeta 1 instancia - exp. Digital).

i) De la incompatibilidad entre la pensión de jubilación Ley 33 de 1985, y la indemnización sustitutiva a cargo de Colpensiones

Como bien se precisó inicialmente, a la señora Gloria Fanny Acevedo González le fue reconocida pensión de jubilación por aportes conforme a lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, por parte del ISS hoy Colpensiones a través del acto administrativo No. 001096 del 24 de marzo de 2009, que en realidad fue una pensión de jubilación Ley 33 de 1985, pues se vislumbra de dicha resolución que para el reconocimiento pensional se tuvo solamente en cuenta el tiempo de servicio prestado al sector público.

Igualmente, se evidencia de la decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – sección Segunda, Subsección B, confirmada parcialmente por el Consejo de Estado, que se reliquidó la pensión de jubilación de la señora Gloria Acevedo en el equivalente al 75% del salario base de liquidación del último año de servicios, tomando los aportes efectuados hasta el 6 de mayo de 2001. Advirtiendo el Consejo de Estado en su providencia que la norma con la que se le debió reconocer la prestación a la señora Gloria Acevedo era la Ley 33 de 1985, por haberse tenido en cuenta solo aportes públicos; no obstante, ello no afectaba el reconocimiento pensional comoquiera que el ISS había tenido en cuenta los mismos requisitos de la norma que realmente le correspondía, refiriendo en dicha sentencia lo siguiente:

De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que la accionante cumplió 55 años de edad el 26 de diciembre de 2008 y laboró en la Superintendencia de Industria y Comercio (22 de noviembre de 1977 a 20 de febrero de 1985), la alcaldía de Bogotá (21 de febrero de 1986 a 2 de mayo de 1994) y la personaría de Bogotá (16 de septiembre de 1994 a 24 de enero de 1999 y 22 de julio de 1999 a 6 de mayo de 2001), es decir, por más de 20 años

de servicios en el sector público. El entonces ISS le reconoció pensión vitalicia de jubilación a partir del 26 de diciembre de 2008, con Resolución 1096 de 24 de marzo de 2009, de conformidad con los requisitos de edad y tiempo, así como con la tasa pensional (75%), contenidos en la Ley 71 de 1985, y calculada sobre el promedio de lo cotizado durante el tiempo que le hacía falta para adquirir el estatus pensional a la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, conforme al artículo 36 (inciso 3º) *ibidem*.

Por lo tanto, contrario a lo dicho por el *a quo*, la accionante al ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y al haber trabajado por más de 20 años, de manera exclusiva, al Estado le es aplicable la Ley 33 de 1985, mas no la Ley 71 de 1988, que en su artículo 7º dispone «[...] *los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer*», es decir, que esta norma permite la acumulación de tiempos públicos y privados, lo cual no ocurre en este caso, pues, se insiste, la demandante laboró como servidora pública 20 años, lo que la hace acreedora de la aludida Ley 33, sin embargo, esto no afecta la legalidad del reconocimiento pensional comoquiera que el ISS tuvo en cuenta como requisitos 20 años de servicios y 55 de edad, así como una tasa del 75%, tal como lo prevé la Ley 33.

Con posterioridad a dicho reconocimiento pensional la actora continuó realizando aportes al sistema pensional, así:

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1006300000	ICSS ADMINISTRACION	24/10/1977	01/12/1977	\$7.470	5,57	0,00	0,00	5,57
1008242742	PERSONERIA SANTAFE B	29/12/1984	31/12/1984	\$577.200	0,43	0,00	0,00	0,43
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/01/1995	31/01/1995	\$522.750	2,71	0,00	0,00	2,71
899999061	PERSONERIA DE SANTAF	01/02/1995	28/02/1995	\$825.396	4,29	0,00	0,00	4,29
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/03/1995	31/03/1995	\$825.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/04/1995	30/04/1995	\$1.395.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/05/1995	30/11/1995	\$982.000	30,00	0,00	0,00	30,00
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/12/1995	31/12/1995	\$1.703.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999061	PERSONERIA DE BOGOTA	01/01/1996	29/02/1996	\$313.000	8,57	0,00	0,00	8,57
899999061	PERSONERIA DE BOGOTA	01/03/1996	31/03/1996	\$1.740.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999061	PERSONERIA DE BOGOTA	01/04/1996	31/05/1996	\$1.174.000	8,57	0,00	0,00	8,57
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/06/1996	30/06/1996	\$1.468.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/07/1996	31/07/1996	\$1.558.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/08/1996	31/08/1996	\$1.231.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999061	SECRETARIA DE OBRAS	01/09/1996	30/09/1996	\$1.518.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/10/1996	31/12/1996	\$1.231.000	12,86	0,00	0,00	12,86
899999061	DPTO ADTIVO DE CATAS	01/01/1997	31/01/1997	\$1.508.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999061	DPTO ADTIVO DE CATAS	01/02/1997	28/02/1997	\$2.726.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/03/1997	31/03/1997	\$2.210.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/04/1997	30/04/1997	\$3.440.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/05/1997	31/08/1997	\$3.316.000	17,14	0,00	0,00	17,14
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/09/1997	30/09/1997	\$3.440.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/10/1997	31/12/1997	\$3.316.000	12,86	0,00	0,00	12,86
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/01/1998	31/08/1998	\$3.945.000	34,29	0,00	0,00	34,29
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/09/1998	30/09/1998	\$4.076.519	4,29	0,00	0,00	4,29
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/10/1998	30/11/1998	\$4.012.000	8,57	0,00	0,00	8,57
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/12/1998	31/03/1999	\$4.011.000	15,00	0,00	0,00	15,00
899999061	SANTAFE DE BOGOTA DI	01/07/1999	31/07/1999	\$1.500.000	0,00	0,00	0,00	0,00
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/08/1999	31/12/1999	\$4.729.000	12,86	0,00	0,00	12,86
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/01/2000	31/01/2000	\$5.200.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999061	PERSONERIA DE BOGOTA	01/02/2000	31/12/2000	\$5.202.000	47,14	0,00	0,00	47,14
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/01/2001	31/03/2001	\$5.720.000	12,86	0,00	0,00	12,86
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/04/2001	30/04/2001	\$3.050.000	2,29	0,00	0,00	2,29
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/05/2001	31/05/2001	\$763.000	0,57	0,00	0,00	0,57
27788028	ACEVEDO GONZALEZ GLO	01/09/2006	30/06/2007	\$7.500.000	42,86	0,00	0,00	42,86
800231969	CAJA DE COMPENSACION	01/08/2007	31/10/2007	\$6.696.000	12,86	0,00	0,00	12,86
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:			
					368,67			
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO INCLUIDAS EN EL CAMPO 19 "TOTAL SEMANAS COTIZADAS":			
					0,00			

Pretendiendo la demandante con el presente litigio, se le reconozca la indemnización sustitutiva de vejez únicamente frente a los aportes que realizó como independiente y que corresponden al periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2006, al 30 de junio de 2007.

A fin de dirimir la controversia, resulta procedente traer a colación la sentencia SL712-2018, en donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia analizó la viabilidad de reconocer la compatibilidad entre la pensión de jubilación por servicios públicos y la de vejez con aportes del sector privado, frente a lo cual señaló:

Sobre el tema debatido se impone traer a colación la sentencia de la Sala CSJ SL536-2018, donde se precisó el criterio atinente a que en principio, bajo la Ley 100 de 1993, que sistematizó y armonizó el sistema pensional en Colombia, no es posible la asignación de dos pensiones que cubran el riesgo de vejez, independientemente del origen de los servicios prestados.

Dijo la Corte en el fallo reseñado:

En efecto, la regla general del actual sistema es la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia, por razón de la solidaridad, y porque además, se prevé la acumulación de las cotizaciones indistintamente de su procedencia, las cuales van a servir para aumentar el valor de la base de liquidación, y aunque ello no siempre ha acontecido de la misma manera, pues décadas antes primaba una estructura de acumulación de tiempo, que se cargaba a cajas de previsión, o a las propias entidades territoriales y no siempre se requería de aportes. En ellos era preeminente la idea de empleo como único vehículo de acceso a la protección social; el tratamiento diferenciado se justificaba en la propia evolución de la legislación social, pues recuérdese que antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993, existían una multiplicidad de regímenes dispersos, que había iniciado más de un siglo atrás, con las primeras reglas sobre los montepíos familiares, en los que únicamente se aseguraba el riesgo de la muerte, para luego ampliarse también al de invalidez y vejez en los eventos de los servicios civiles y de quienes fuesen educadores.

Desde 1843 y hasta 1993 la creación de distintos entes, en los que, de forma segmentada se cubrían tales contingencias, evidencian las dificultades que suponía en su momento la unificación a disposiciones comunes de seguridad social y la determinación sobre la viabilidad de que prestaciones que se causaran pudiesen compatibilizarse con las del nuevo modelo de aseguramiento, este sí con pretensión de universalidad e integralidad, aunque la Ley 90 de 1946 fue su primer impulso.

*La doctrina jurisprudencial es la que, finalmente, ha venido a solventar tales dificultades al generar una serie de parámetros para hacer puente entre tales regímenes de naturaleza diversa; en lo relacionado con la Ley 33 de 1985, cuyo objeto no fue otro que el de establecer responsabilidades sobre el otorgamiento pensional que se hiciera a los empleados oficiales, y en la que también se reguló el tiempo que debía computarse para tal efecto, **esta Sala de la Corte ha estimado que si bien sus prestaciones pueden ser compatibles con las de servicios privados cotizados al ISS, esto es bajo el entendimiento o de que el tiempo de servicio fue completado antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993, o de que la prestación se haya reconocido a través de Cajas de Previsión, diferenciándose así los recursos de los cuales provienen, impidiéndose de esa forma que, por regla general el Instituto de Seguros Sociales, disponga el pago de dos pensiones de vejez, como se trataría en este evento.***

En ese sentido deben leerse las decisiones que esta Sala de la Corte ha decantado, esto es que únicamente bajo el evento de que cualquiera de las dos prestaciones de las que se pide su compatibilidad, hubiesen sido causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es que puede predicarse su compatibilidad, cuando provengan de distintos tiempos, como los públicos y privados, pues de lo contrario se entenderá que es

inviable.

Así, por ejemplo, en la CSJ SL452-2013 se declara la compatibilidad, pero porque la pensión de docente se dispuso por una Caja distinta del ISS, como de allí se lee:

«En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulte incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. (...)

Además los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, como sucedió en el evento bajo examen, en el que los colegios Salesiano San Medardo, desde febrero de 19969 (sic) hasta junio de 1972, y La Presentación, desde febrero de 1977 hasta noviembre de 2004, honraron la obligación de realizar los aportes para pensión. (...)

Sobre el problema jurídico debatido, el criterio de la Sala se ha orientado en sentido contrario al estimado por el ad quem, por ejemplo, en la sentencia 28164, de 19 de junio de 2008, se expuso:

La circunstancia de que la demandante se encontrara afiliada por cuenta de un colegio oficial al sistema a cargo de la Caja Nacional de Previsión no exoneraba a la institución demandada de la obligación de afiliarla a la seguridad social, pues esa obligación es de carácter general y no estaba contemplada como excepción en el Acuerdo 049 de 1990, ni en las normas que la antecedieron. La regla allí consignada se limita a prescribir que los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje son afiliados forzosos. No consagra ese Acuerdo la incompatibilidad de que habla la institución demandada. En el mismo sentido, las normas citadas en su defensa por la demandada en la inspección judicial, artículo 134 del Decreto Ley 1650 de 1977 y el 57 del Decreto 3063 de 1989 no consagran a esa excepción (folio 202).

Importa anotar que el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, establece sobre el particular la posibilidad de acumulación de cotizaciones de los docentes que deban ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, que además reciban remuneraciones del sector privado, para que sean administrados en ese fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, lo que corrobora la obligación de la demandada de efectuar las cotizaciones a ese sistema por razón de la vinculación laboral de la actora».

En la CSJ SL 4, jul, 2012, rad.40413, la pensión de Ley 33 de 1985 se había causado antes del 1 de abril de 1994, y en pronunciamiento más reciente, SL2576-2015, la Sala estableció dicha compatibilidad, y aun cuando en este evento el ISS fue condenado a pagar dos pensiones, esto se derivó en que la

de servicios privados se otorgó en 1991, y la de Ley 33 de 1985 se causó en el año 2002, así se dijo:

*(...) la pensión de vejez que le fue otorgada al actor resultaba compatible con la de jubilación que se pretende a través del presente proceso [también a cargo del ISS]. **Para tales efectos, como se dijo en sede de casación, quedó demostrado que los tiempos y cotizaciones que sirven a una y otra prestación son diferentes, así como las normas en las cuales se fundamentan. Asimismo, que no se vulnera la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política, en tanto los recursos que concurren a la financiación de la pensión de vejez no provienen del Tesoro Público.***

Por iguales razones, no resulta inválida la afiliación del actor al Sistema General de Pensiones, como se arguye en el recurso de alzada, puesto que, por el contrario, el Municipio de Medellín estaba en la obligación de realizarla, por virtud de lo previsto en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto Reglamentario 691 de 1994.

Lo anterior está justificado en las propias diferencias en cuanto a cobertura, cotización y asunción del riesgo e incluso a que en el aseguramiento que la referida Ley 33 de 1985, planteaba y en el que no estaban previstos principios como los de universalidad, integralidad, ni solidaridad, pues si bien al iniciar los debates sobre pensiones causadas como servidores públicos y como privados, se optó por preservar la confianza legítima de los trabajadores que duplicaron su esfuerzo, al prestar servicios en doble jornada con la pretensión de ampliar la protección en la vejez, esto es bajo un esquema en el que aquella derivaba preeminentemente del esfuerzo del empleo, más que de la ampliación del Estado de bienestar, lo cierto es que ello no desdibuja que la existencia y entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, lo que habilita no es ya la compatibilidad, sino la posibilidad, ante la concurrencia de dos regímenes de transición, de elegir el que se considere más benéfico. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, considera esta Sala de decisión que resulta procedente la indemnización solicitada, teniendo en cuenta que los aportes con los que se le reconoció la prestación que actualmente devenga la actora fueron públicos y gran parte de ellos no fueron cotizados al ISS, tal como se evidencia de la resolución 6840 del 24 de febrero de 2011, expedida por la demandada, en la que se indicó:

Que la asegurada para acreditar las semanas necesarias para la pensión allegó certificados sobre tiempo de servicios al sector público no cotizado al ISS así:

ENTIDAD	PERÍODO	DIAS
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	22/11/1977 a 20/02/1985 (menos 45 días de interrupción)	2.559
ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA	21/02/1986 a 02/05/1994	2.952
PERSONERIA DE BOGOTA	16/09/1994 a 28/12/1994	103
TOTAL		5.614

Que revisado el reporte de semanas cotizadas a este Instituto y luego de efectuar la imputación de pagos prevista en el artículo 29 del Decreto 1818 de 1996, modificado por el artículo 53 del Decreto 1406 de 1999, se establece que el asegurado cotizó al Seguro Social de forma interrumpida 2.068 días.

Que sumado el tiempo laborado por el asegurado, a entidades del Sector Público y el cotizado al Seguro Social, acredita un total de 7.682 días; que equivalen a 1.097 semanas, correspondientes a 21 años, 04 meses y 02 días.

De tal modo, que lo ordenado por el *a quo* se encuentra ajustado a derecho, toda vez que la demandante no está solicitando la indemnización por los aportes de tiempos públicos que se realizaron con posterioridad al reconocimiento pensional, sino los que se realizaron como independiente, de manera que, los tiempos y cotizaciones que sirven a una y otra prestación son diferentes, así como las normas en las cuales se fundamentan; bajo tal entendido se confirmará la decisión de primera instancia.

Ahora, conforme con lo dispuesto en el artículo 283 del CGP, se determinará el valor de indemnización impuesta a cargo de Colpensiones como quiera que la Juez de primera instancia no lo estableció; para fijar su monto se tuvo en cuenta la fórmula contenida en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, obteniéndose el siguiente resultado:

AFILIADO	GLORIA FANNY ACEVEDO GONZALEZ
CEDULA	27788028
FECHA DE NACIMIENTO	26/12/1953
Año de la pensión	2023

Año	Fecha inicial	Fecha final	Días cot.	IPC Inicial	IPC Final	Valor Indexación	IBC	IBC Actualizado	IBC por días laborados	% de Cotización ISS	Porcentaje Ponderado
2006	01/09/2006	30/09/2006	30	58,7	126,03	2,15	7.500.000,00	\$16.125.000,00	\$483.750.000,00	12,5%	3,75
2006	01/10/2006	31/10/2006	30	58,7	126,03	2,15	7.500.000,00	\$16.125.000,00	\$483.750.000,00	12,5%	3,75
2006	01/11/2006	30/11/2006	30	58,7	126,03	2,15	7.500.000,00	\$16.125.000,00	\$483.750.000,00	12,5%	3,75
2006	01/12/2006	31/12/2006	30	58,7	126,03	2,15	7.500.000,00	\$16.125.000,00	\$483.750.000,00	12,5%	3,75
2007	01/01/2007	31/01/2007	30	61,33	126,03	2,05	7.500.000,00	\$15.375.000,00	\$461.250.000,00	12,5%	3,75
2007	01/02/2007	28/02/2007	30	61,33	126,03	2,05	7.500.000,00	\$15.375.000,00	\$461.250.000,00	12,5%	3,75
2007	01/03/2007	31/03/2007	30	61,33	126,03	2,05	7.500.000,00	\$15.375.000,00	\$461.250.000,00	12,5%	3,75
2007	01/04/2007	30/04/2007	30	61,33	126,03	2,05	7.500.000,00	\$15.375.000,00	\$461.250.000,00	12,5%	3,75
2007	01/05/2007	31/05/2007	30	61,33	126,03	2,05	7.500.000,00	\$15.375.000,00	\$461.250.000,00	12,5%	3,75
2007	01/06/2007	30/06/2007	30	61,33	126,03	2,05	7.500.000,00	\$15.375.000,00	\$461.250.000,00	12,5%	3,75
Días cotizados			300,00	Salarios por días cotizados					\$4.702.500.000,00		
Semanas cotizadas			42,86	Valor del Ibi Toda la Vida					15675000		
Tabla de la indemnización sustitutiva											
SBC Semanal									\$3.620.092,38		
PPC									12,50%		
Semanas cotizadas									42,86		
Valor de la indemnización sustitutiva									\$ 19.393.352,00		

Dicho monto, deberá ser indexado al momento de su pago, como fue ordenado por el operador judicial de primer nivel, decisión que esta Sala de decisión considera procedente comoquiera que la misma, lo que busca es remediar la depreciación económica que aquella sufra en el tiempo transcurrido entre la data de tal incumplimiento y la fecha efectiva del pago, tal como se analizó en sentencias CSJ SL5045-2018, reiterada en CSJ SL2353-2020 y CSJ SL1218-2021.

Por consiguiente, habrá de adicionarse la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

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,

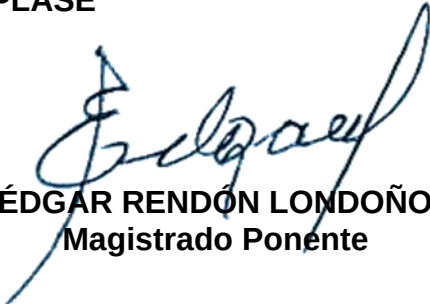
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de tenerse como valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez la suma de \$19.393.352, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 \$1.160.000.



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	11001310501220220028601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ELSA SUÁREZ GAONA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 SUÁREZ GAONA** 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 y que se declare que se encuentra afiliada a Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **condene** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos sus aportes, junto con sus rendimientos y que a su vez de condene a la administradora pública a activar su afiliación; que se condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 1- 24 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 24 de febrero de 1967; que inició cotizaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones con el ISS; que

el 07 de febrero de 1996, fue trasladada al RAIS administrado por Porvenir S.A.; que a la fecha de la presentación de la demanda continúa afiliada al mentado fondo; que el referido traslado no estuvo precedido de una explicación sobre las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, de las reales consecuencias del acto de traslado, ni de los requisitos que debía cumplir para acceder a las prestaciones en el RAIS y sin efectuarle una proyección pensional; que por ello el tránsito se había realizado con base en información errada.

Agregó que, el día 21 de junio de 2022, radicó reclamación ante Colpensiones y derecho de petición ante Porvenir S.A. solicitando que se nulitara su afiliación al RAIS y se le retornara a Colpensiones y que ambas entidades contestaron de manera negativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (fº 2 – 14 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació el 24 de febrero de 1967; que el día 21 de junio de 2022, radicó reclamación ante Colpensiones solicitando que se nulitara su afiliación al RAIS y se le retornara a Colpensiones, la cual fue contestada de manera negativa. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso 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 jurídico, cobro de lo no debido, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó (fº 1 – 22 archivo 12 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno indicando que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce 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 traslado realizado por la señora ELSA SUÁREZ GAONA, identificada con C.C. No. 51.866.503 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. el 7 de febrero 1996, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada la señora ELSA SUÁREZ GAONA al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ELSA SUÁREZ GAONA tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus 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, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora ELSA SUÁREZ GAONA al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

Para fundamentar su decisión sostuvo que la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4629-2016 y SL1452-2019, entre otras, indicó que era obligación de los fondos privados suministrar la información completa para que el afiliado tomara la decisión del cambio de régimen, anteponiendo incluso los derechos del trabajador, sobre su interés propio de ganar de afiliado; que el hecho de diligenciar un formulario de afiliación, no significaba *per se*, que el traslado se hubiese realizado de manera libre, voluntaria e informada; que no se requería que quien alegara la nulidad o ineficacia tuviese una expectativa legítima de pensionarse o de ser beneficiario del régimen de transición, agregando que eran estas entidades las que tenían la carga de demostrar el cumplimiento del deber de información.

Expresó que, estaba acreditado que la demandante cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 11 de septiembre de 1989, al 21 de febrero de 1996; que el 07 de febrero de 1996, ella había solicitado el traslado al RAIS a través de Porvenir S.A. donde permanecía afiliada a la fecha de la sentencia y que en el interrogatorio de parte rendido por la actora, manifestó que se afilió a la mentada AFP por sugerencia de dos

asesores quienes le informaron a ella y a sus entonces compañeros de trabajo que la pensión que obtendrían en el fondo privado sería superior, que recibirían altos rendimientos sobre su ahorro y que podrían pensionarse a cualquier edad; la demandante agregó que por el contrario en Porvenir S.A. previo a su edad de pensión le indicaron que su mesada pensional sería del salario mínimo, por lo que era claro que los funcionarios de esa entidad no fueron sinceros ni le dieron una información real.

Indicó que, del formulario de afiliación se denotaba que la demandante al momento de afiliarse al RAIS lo hizo de manera libre y espontánea; sin embargo, ello no significaba que hubiese recibido información suficiente por parte de la administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues Porvenir estaba obligada de informarle de las ventajas y desventajas de su traslado, las pérdidas o ganancias que pudiera tener respecto de los rendimientos de los aportes, la redención de los bonos pensional, casos en los que procedía la devolución de aportes, modalidades de la pensión, requisitos para acceder a ella, entre otros.

Dijo que, tampoco se evidenciaba que a la actora se le hubiese indicado la forma en la que se debía calcular el monto de la pensión o qué porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cuál se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales; que si bien la demandante para el momento del traslado era mayor de edad y capaz, ello no implicaba que tuviera conocimiento del tema y mucho menos se podía dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor; que en consecuencia, en este caso debía declararse la ineficacia del traslado al RAIS realizado por la actora, ante la ausencia de consentimiento informado de su parte.

Consideró que, en este caso no se afectaba la estabilidad financiera del sistema, como quiera que la ineficacia del traslado implicaba entre otras cosas, el traslado por parte de la AFP de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, rendimientos y mermas sufridas en el capital destinado para la financiación de la pensión de vejez, y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, con los cuales se cubrirán las prestaciones a que haya lugar.

Respecto de la excepción de prescripción, la declaró no probada al considerar que con la nulidad o ineficacia de la afiliación, se perseguía en esencia un derecho pensional, el cual era imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un periodo

de tiempo afectaría los derechos fundamentales del afiliado, así como tampoco los emolumentos que debían trasladar como consecuencia de la ineficacia en la medida que financiaran las prestaciones a que haya lugar en el RPM.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, refirió que de las pruebas aportadas se desprendía que la negativa de Colpensiones frente a la solicitud de traslado de la actora fue ajustada a derecho en virtud de lo previsto en la Ley 797 de 2003; que además en este caso la demandante manifestó su voluntad expresa de pertenecer al RAIS; que permitir el traslado de la actora atentaría contra el principio de equidad y de eficiencia pensional, como quiera que ella se beneficiaría de la cotización de los afiliados que han cotizado de manera ininterrumpida al RPM; agregó que, no era procedente la condena en costas, pues Colpensiones no estaba habilitada legalmente a aceptar la afiliación de la actora.

PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación parcial contra la sentencia, únicamente respecto de la indexación a la que fue condenada. Al respecto adujo que el a quo debió tener en cuenta que una de las obligaciones de la AFP era generar rendimientos sobre las cuentas de sus afiliados, por lo que resultaba incompatible y excluyente haber ordenado la indexación, como quiera que los recursos de la actora no se habían visto afectados por el fenómeno inflacionario, posición que había sido aceptada por el Tribunal Superior de Cundinamarca y el Tribunal Superior de Cali.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y por 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., 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 y demás deducciones efectuadas.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **ELSA SUÁREZ GAONA** nació el 24 de febrero de 1967 (f°31 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que se afilió al ISS donde cotizó desde 11 de septiembre de 1989 al 21 de febrero de 1996 (f°101 archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* que a través del diligenciamiento de formulario de afiliación del 07 de febrero de 1996, se trasladó al RAIS con la AFP Porvenir, acto que se hizo efectivo el 01 de marzo del mismo año (f°70 y 97 archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. digital), donde 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 el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **07 de febrero de 1996, con efectividad del 01 de marzo del mismo año** -, 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, 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).

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 adocctrinado 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 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 a quo no ordenó la devolución completa de tales emolumentos, por lo que se adicionará la sentencia en tal sentido, ya que 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 al afiliado.

Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que, por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual de la actora, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación, por lo que deberá despacharse desfavorablemente el recurso que al respecto formuló Porvenir S.A.

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 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), de modo que se denegará el recurso que respecto de la descapitalización del sistema formuló 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).

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

En lo respecta al recurso formulado por la parte Colpensiones, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra por no haber participado en el acto de traslado, advierte esta Sala que no le asiste razón. De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso además de Porvenir S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperó.

Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

COSTAS

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

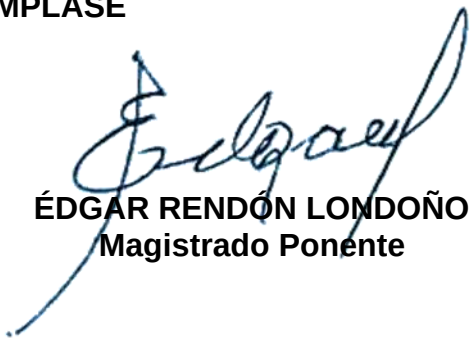
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 17 de julio de 2023proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 de Porvenir, la suma de \$1.160.000 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	11001310501320200022001
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MIRIAM TERESA ACERO SÁNCHEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **MIRIAM TERESA ACERO SÁNCHEZ** 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 con Protección S.A., por la omisión del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **ordene** a Protección trasladar a Colpensiones los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos y a su vez que se ordene a la administradora pública a recibirlos; que se condene a las demandadas al pago de costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 01 a 16 - archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 25 de marzo de 1963; que

cotizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones con el ISS desde marzo de 1994 hasta abril de 1997; que en abril de 1997, aceptó el cargo de Profesional Universitario en las Fuerzas Militares de Colombia, momento en el cual le entregaron un formulario de solicitud de vinculación de la AFP Davivir hoy Protección S.A. y que ella firmó el formulario sin tener una información completa, confiable y veraz por lo que no pudo escoger el régimen que más le favoreciera.

Agregó que, presentó un conflicto de multifiliación que se dirimió en favor de Protección S.A. sin que se le notificara de tal circunstancia; que durante su afiliación al RAIS, la mentada AFP no le ha realizado ningún tipo de asesoría o explicación del funcionamiento del régimen; que presentó solicitudes a Protección y a Colpensiones encaminadas a retornar al RPM, por la ineficacia de su afiliación al RAIS, las cuales fueron despachadas desfavorablemente por ambas entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 25 de marzo de 1963; que cotizó al ISS desde marzo de 1994; que posteriormente se afilió a la AFP Davivir hoy Protección desde mayo de 1997; que presentó solicitud a Colpensiones encaminada a que se le retornara al RPM, la cual fue despachada desfavorablemente. Respecto de los demás hechos,, indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito propuso las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A contestó (fº5 – 38 archivo 13, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 25 de marzo de 1963 y que firmó formulario de afiliación con la AFP Davivir hoy Protección S.A. el 08 de mayo de 1997. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restituciones mutuas y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 05 de junio de 2023 (archivo 19 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciera la demandante Miriam Teresa Acero Sánchez ante Davivir hoy Protección S.A. el 8 de mayo de 1997 y con fecha de efectividad el 1 de julio de esa anualidad, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a Protección S.A. 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, así como los aportes de garantía de pensión mínima, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la Historia Laboral de la demandante, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Protección S.A. en favor del demandante incluyéndose como agencias en derecho, la suma de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000).

SEXTO: Por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante, en los términos del artículo 69 del C.P.T. y S.S., remitir el expediente a la Sala laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

Para **fundamentar su decisión** argumentó que tanto el artículo 11 del Decreto 962 de 1994, como el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecían que la selección de cualquier régimen pensional debía ser libre y espontánea por parte del afiliado; que el artículo 271 del mismo cuerpo normativo, disponía que si cualquier persona natural o jurídica limitaba o atentaba contra ese derecho de libre elección, la afiliación del trabajador quedaría sin efecto.

Resaltó que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias CSJ SL12137-2014 y CSJ SL1637-2022, ha hecho énfasis en la importancia de que la escogencia del régimen pensional esté precedida de una decisión informada; que esta Alta Corporación ha considerado que las administradoras de pensiones se ubicaban en el campo de la responsabilidad profesional; en consecuencia, estaban compelidas a brindar sus servicios de manera eficaz y eficiente, lo que les imponía, entre otros deberes, el de suministrar la debida información a los afiliados en todas las etapas, incluida la antesala de la afiliación; que la información que debían trasladar esas entidades debía ser completa y comprensible y contener todos los pormenores de los regímenes, tanto de los benéficos como de los

aspectos negativos de cada uno, pues de lo contrario, se estaría transgrediendo el derecho fundamental a la seguridad social de los afiliados.

Dijo que, las AFPs eran entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y que conforme al numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, debían suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizaban, de suerte que les permitieran a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger la opción que mejor les favoreciera; que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en diversos pronunciamientos ha señalado que las AFPs faltaban al deber de información cuando omitían poner en conocimiento de los afiliados las desventajas del régimen al que pretendían trasladarse y ocultaban los requisitos o condiciones requeridas para obtener las prestaciones de cada régimen.

Expuso que, Protección S.A. era quien tenía la carga de acreditar que al demandante se le había brindado la información suficiente y correcta al momento del traslado del régimen pensional, pues lo alegado por el actor con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información correspondía a una negación indefinida, la cual debía valorarse bajo la literalidad del artículo 167 del CGP, que indicaba que este tipo de negaciones no requerían prueba, de manera que a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información, era a Protección S.A.

Manifestó que, con las pruebas obrantes en el expediente, no era posible establecer que la AFP demandada en el año 1997, le hubiese expuesto a la demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, así como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado, pues para demostrar el cumplimiento del deber de información no bastaba con la manifestación consignada en el texto preimpreso del formulario, como tampoco que le hubiesen informado algunas de las ventajas del RAIS; que del interrogatorio practicado a la demandante no se obtuvo confesión alguna, pues esta indicó no conocer cuál era el funcionamiento del RAIS, ni las implicaciones del traslado como tampoco los requisitos necesarios para obtener las prestaciones económicas.

Concluyó que, debía declararse la ineficacia de la afiliación del año 1997, sin que cambie dicho panorama el hecho de que la afiliada no hubiese solicitado el cambio de régimen 10 años antes de cumplir la edad para pensionarse, pues ello en nada varía la situación ocurrida al efectuar el traslado de régimen.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social era un derecho de carácter irrenunciable; que conforme lo había establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, refirió que el *a quo* no tuvo en cuenta que la demandante se encontraba en la prohibición legal para retornar al RPM, como quiera que al momento de solicitar el traslado al RAIS le faltaban menos de diez años para cumplir la edad para pensionarse, en virtud de lo previsto en la Ley 797 de 2003.

Agregó que, el *a quo* había efectuado una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, debido a que enmarcó el caso dentro de una responsabilidad objetiva sin exigirle a la actora prueba alguna del supuesto vicio del consentimiento, lo que quebrantaba el principio de carga probatoria; además que no se tuvo en cuenta que para la época en que la demandante suscribió el formulario, no existía ninguna exigencia diferente que la firma del mismo, con el que para esa data se entendía suficientemente probado el consentimiento de los afiliados.

Finalmente, adujo que en este caso debía atenderse el principio de sostenibilidad financiera, debido a que las prestaciones reconocidas por el régimen público se sostenían con las cotizaciones realizadas por los afiliados durante todo el tiempo de afiliación y en el entendido de que en este caso la actora llevaba más de 20 años sin cotizar al RPM, se beneficiaría injustificadamente de las personas que sí han cotizado de manera ininterrumpida.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta 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 Protección S.A., es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **MIRIAM TERESA ACERO SÁNCHEZ** nació el 25 de marzo de 1963 (fº 20 archivo 02 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que la actora estuvo afiliada al RPM con el ISS, donde cotizó desde el 28 de marzo de 1994, hasta el 01 de abril del mismo año (fº21 archivo 2 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y *iii)* que se trasladó al RAIS administrado por la AFP Davivir – hoy Protección S.A., a través de formulario de afiliación del 08 de mayo de 1997, con efectividad del **01 de julio del mismo año**, donde permanece vinculada (fº76 archivo 13 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 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 la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –08 de mayo de 1997, con efectividad del 01 de julio del mismo año -, 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 formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de éste 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 a la afiliada 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).

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a Protección S.A. suministrar la información con el detalle que se requiere, la Sala indica que no está

llamado a prosperar, pues además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022, citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993, se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, 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- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

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, 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 a quo no ordenó la devolución completa de tales emolumentos, por lo que se adicionará la sentencia en tal sentido, ya que 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 al afiliado.

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. 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 el actor 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, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que, por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual de la actora, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación.

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 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), de modo que el reparo que sobre el particular formuló la administradora pública no tiene vocación de prosperidad.

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 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,

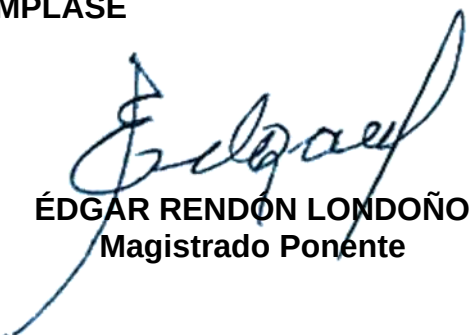
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN 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 justifique.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

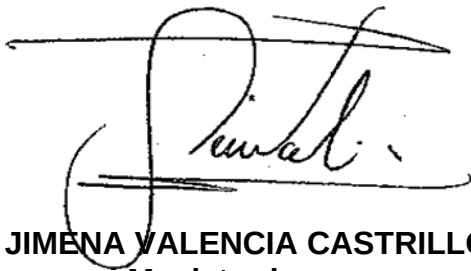
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 \$1.160.000.



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	110013105016202200150-01
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL DE FUERO SINDICAL-ACCIÓN DE REINTEGRO
DEMANDANTE	NORMAN ALFONSO CARDOZO VALDERRAMA
DEMANDANDO	- CONSEJO DE BOGOTÁ - SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS DEL CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. – SINDICONCEJO

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **NORMAN ALFONSO CARDOZO VALDERRAMA** se declare que goza de fuero sindical por ser miembro de la junta directiva de SINDICONSEJO, y que su empleador solicito permiso para despedir ante el juez laboral; en consecuencia, se ordene a la demandada **CONCEJO DE BOGOTÁ** reintegrarlo al cargo que venía desempeñando sin solución de continuidad, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a la seguridad social desde su retiro hasta la reinstalación efectiva; a la indexación, ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01 carpeta 1ª inst, exp digital), señaló que la organización SINDICONSEJO es de primer nivel, constituida legalmente desde el 2 de marzo de 2021, y que es miembro de la junta directiva del mismo.

Narró que, se vinculó a la demandada mediante nombramiento provisional desde el 02 de noviembre de 2012 desempeñándose como conductor código 480 grado salarial 07 identificado con código OPEC 137464; que su último salario fue de \$2.784.117; que fue desvinculado mediante Resolución 0077 del 03 de febrero de 2022, notificada el 8 de igual calenda, argumentando que el señor Carlos Alberto Hernández Romero había sido nombrado en periodo de prueba en su cargo.

Expuso que, el 17 de marzo de 2022, elevó reclamación administrativa solicitando el reintegro, pero el Concejo de Bogotá no le dio respuesta; que cuenta con 63 años de edad, por lo que tenía la calidad de pre pensionado situación que tampoco había sido tomada en cuenta por su empleador; que la actividad por el desarrollada era permanente, no había sido suprimida, no era accidental, ocasional ni transitoria; y que su empleador no había solicitado permiso para despedir.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El Concejo de Bogotá contestó la demanda (archivo 14, carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la existencia de la organización sindical; que el actor era miembro de la junta directiva, la vinculación del demandante en provisionalidad, el último salario, su desvinculación mediante Resolución 0077 del 03 de febrero de 2022, y que elevó reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no eran ciertos.

Aclaró que, el retiro del promotor del litigio obedeció a que la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, mediante Acuerdo 20201000003896 del 30 de diciembre de 2020, convocó a concurso público de méritos para proveer definitivamente nueve (9)

empleos con nueve (9) vacantes, pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal del Concejo de Bogotá D.C. proceso de selección 1462 de 2020 - Distrito Capital; que cumplidas todas las etapas expidió la Resolución 15300 del 29 de diciembre de 2021, por medio de la cual conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante definitiva del empleo denominado Conductor, Código 480, Grado Salarial 07, identificado con el código OPEC 137464, y fue el señor Carlos Alberto Hernández Romero quien ocupó esa posición, por lo que en acatamiento de ese mandato, el Consejo de Bogotá expidió la Resolución 0077 del 3 de febrero de 2022, *«por la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba, se dan por terminados unos encargos y un nombramiento en provisionalidad»*.

Sostuvo que, conforme el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005, no se hacía necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical que estuviesen vinculados en provisionalidad, cuyo empleo fuese convocado a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito, por lo tanto, su actuar había estado ajustado a las normas vigentes.

Formuló las excepciones de fondo, de improcedencia de la calificación judicial para la terminación del nombramiento en provisionalidad, improcedencia del reintegro al cargo que venía ocupando y pago de salarios.

El Sindicato de Servidores Públicos del Concejo De Bogotá– SINDICONCEJO- le otorgó poder a la misma apoderada de la parte actora.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de agosto de 2023 (archivo 23-25, carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda y por lo tanto ABSOLVER a BOGOTÁ D.C. – CONCEJO DE BOGOTÁ de todas y cada una las de pretensiones que fueron incoadas en su contra por el demandante señor NORMAN ALFONSO CARDOZO VALDERRAMA.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de improcedencia de la calificación judicial para la terminación del nombramiento en provisionalidad, y por el resultado de la litis se abstiene el juzgado pronunciamiento sobre las demás excepciones.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte actora, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo el monto de Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/2 SMLMV) como valor de las agencias en derecho.

El A quo fijó como problema jurídico determinar si el actor se encontraba amparado por fuero sindical para el momento de la desvinculación de su cargo y si procedía el reintegro sin solución de continuidad.

Expuso que, el fuero sindical estaba definido en el artículo 405 del CST, como la garantía de la cual gozan algunos trabajadores de no ser despedidos ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo; que dentro de los trabajadores amparados por este, estaban los «*miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más*».

Refirió que, en este caso la norma también había regulado las justas causas de despido, así según el artículo 410 del CTS, para que el juez del trabajo autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero, debía demostrarse: *i) la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días; o ii) las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato en el caso de los trabajadores del sector privado.* Añadió que, había algunas excepciones en las cuales el empleador no debía acudir al juez laboral para autorizar el despido del trabajador, como las contempladas en los artículos 411, 412 y 413 del CST.

Sostuvo que, en este asunto quien demandaba era un ex servidor del Consejo de Bogotá, razón por la cual, a lo anterior debía sumarse las normas que rigen en el sector público, la manera como estos se vinculan y la clasificación de los empleos. Agregó que conforme el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Expresó que, por regla general los empleos en el sector público eran de carrera, y respecto de estos aplicaba el nombramiento en provisionalidad, en encargo, en propiedad, entre otras. Advirtió que en este asunto era claro que el actor ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad en el Consejo de Bogotá, cargo que fue ofertado en concurso público para ocuparlo en propiedad, dicho concurso se surtió en todas sus etapas, quedando en firme una lista de elegibles, y conforme la ley las personas allí registradas por sus méritos, deben ser nombradas en propiedad; así el cargo de Conductor, Código 480, Grado Salarial 07, fue sometido a concurso de méritos y después de su trámite, se nombró al señor Carlos Alberto Hernández Romero a partir del 09 de febrero del año 2022, por ser el primero en la mencionada lista de elegibles.

Explicó que, conforme el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005, no era necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos: i) cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él; o ii) cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

Recalcó que, en ese asunto no estaba demostrado que el actor hubiese participado en el concurso de méritos para el cargo de Conductor, Código 480, Grado Salarial 07, o que, habiendo participado en él, hubiese ocupado un puesto que le permitiera su nombramiento, siendo lo correcto aplicar la regla prevista en el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005.

Así las cosas, concluyó que pese a estar demostrado que para la data en que se expidió la Resolución 0077 del 03 de febrero de 2022, de desvinculación del actor del Consejo de Bogotá, este estaba amparado por fuero sindical por ser miembro de la junta directiva de la organización SINDICONCEJO, lo cierto era que el empleador no debía acudir al juez del trabajo a autorizar su retiro, porque esta se dio con ocasión del nombramiento de quien ganó el concurso de méritos para el cargo de Conductor, Código 480, Grado Salarial 07 que ocupaba el demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que también la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia -no relaciono ninguna- había afirmado que *«habla que se quiebre ante el ordenamiento constitucional cuando el empleador, que sin contar con previa autorización judicial, da por terminada la relación laboral al trabajador que se encuentre protegido por el fuero sindical, quiere decir que no podrán ser despedidos ni desmejorados en sus condiciones laborales sin autorización judicial, puesto que para ellos no opera la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa y esta requiere calificación judicial»*.

Seguidamente refirió la sentencia CC T-061 de 2002, en la que se había manifestado que las normas que consagran el fuero sindical no son simples normas programáticas, son disposiciones jurídicas, garantistas, que se traducen en la imposibilidad de despedir o trasladar o es mejorar al trabajador aforado sin previa autorización judicial; que lo que busca es que se cumpla el debido proceso en este caso de los trabajadores aforados, aun cuando estén en un cargo provisional.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación formulado por el demandante Norman Alfonso Cardozo Valderrama.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo dicho en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el demandante tiene derecho o no a ser reintegrado al cargo que ejecutaba en provisionalidad en virtud del presunto fuero sindical que lo amparaba al 03 de febrero de 2022, o si, por el contrario, dado que su cargo fue nombrado en propiedad no había lugar a solicitar el levantamiento de fuero sindical- permiso para despedir-.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes aspectos fácticos: *i)* que dentro del Consejo de Bogotá existe una organización sindical denominada Sindicato De Servidores Públicos Del Concejo De Bogotá D.C. – SINDICONCEJO-; *ii)* que el actor fue nombrado mediante Resolución 1149 del 02 de noviembre de 2012, en el empleo de Conductor, Código 480, Grado Salarial 07 **en provisionalidad**, acto administrativo modificado por la Resolución 0062 del 29 de enero de 2013 y prorrogada por la Resolución 0340 del 6 de mayo de 2013; y *iii)* que a través de la Resolución 0077 del 3 de febrero de 2022 se efectuó un nombramiento en periodo de prueba y se terminó el nombramiento en provisionalidad del demandante.

DEL FUERO SINDICAL

De acuerdo con el artículo 406 del CST los trabajadores que se encuentran amparados por el fuero sindical son:

1. Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses.
2. Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores.
3. Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar

de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más.

4. Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más.

Según documento denominado «constancia de registro modificación de junta directiva y/o comité ejecutivo de una organización sindical» de la organización sindical SINDICONCEJO, con numero de registro 036-1 del 02 de marzo de 2021, la junta directiva se nombró el 22 de septiembre de 2021, y había quedado conformada por las siguientes personas:

III. MODIFICACIÓN DE INTEGRANTES DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL								
PRINCIPAL	NOMBRES		APELLIDOS	TIPO DOCUMENTO	NÚMERO DOCUMENTO	TELÉFONO	E-MAIL	CARGO
	ELVIRA	HERNÁNDEZ	CAVIATIVA	C.C.	41.581.196	3115672566	sindiconcejo@concejo.org.co	Presidente
	JOSÉ MANUEL	GAITÁN	TORRES	C.C.	79.583.677	3163049332	sindiconcejo@concejo.org.co	Vicepresidente
	LEIDY	SABEL	GÓMEZ	C.C.	53.048.133	3035968929	sindiconcejo@concejo.org.co	Secretario
	HEDIMER	TAO	REYES	C.C.	79.766.983	3103192634	sindiconcejo@concejo.org.co	Tesoroero
	JUSTO	ROMERO	HERRERA	C.C.	79.649.608	3135487933	sindiconcejo@concejo.org.co	Fiscal
	SAUL	ANTONIO	MARTÍNEZ	C.C.	79.327.734	3213167496	sindiconcejo@concejo.org.co	Secretario de Actas
	NORMAN	ALFONSO	CARDOZO VALDERRAMA	C.C.	14.317.455	3124583505	sindiconcejo@concejo.org.co	Secretario del Departamento de Programas y Proyectos
	OSCAR	EDUARDO	DUSSAN SALAS	C.C.	1.026.262.884	3004813535	sindiconcejo@concejo.org.co	Secretario del Departamento de Seguimiento y Evaluación
	JULIO	CESAR	SÁNCHEZ DONOSO	C.C.	19.335.841	3202716384	sindiconcejo@concejo.org.co	Secretario del Departamento de Salud y Seguridad
	ALVARO	MAURICIO	RODRÍGUEZ AMAYA	C.C.	88.234.552	3202620717	sindiconcejo@concejo.org.co	Secretario del Departamento de Educación, Cultura y Recreación

Acorde con lo anterior, el aquí demandante se encuentra amparado por la garantía foral, como quiera que desde el 22 de septiembre de 2021, pertenecía a la junta directiva principal de la organización sindical SINDICONCEJO, nombramiento que era de conocimiento de la demandada Consejo de Bogotá, desde esa misma data.

DE LA ACCIÓN DE REINTEGRO

El artículo 38 de la Constitución Política establece como derecho fundamental la libertad de asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad. Específicamente, los trabajadores y empleadores tienen, el

derecho fundamental «*a constituer syndicatos o asociaciones, sin intervención del Estado*» de con acuerdo artículo 39 de la misma carta magna.

Los convenios 87 y 93 de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por Colombia, el primero sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación donde, entre otras cosas, cada estado miembro se obligó a adoptar «*todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación*», y el segundo sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, el cual establece básicamente que los trabajadores y las organizaciones de trabajadores y empleadores deben gozar de una adecuada protección contra todo acto: *i) de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo; y ii) de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.*

Así, en nuestra legislación laboral, entre otros mecanismos de protección en favor de los trabajadores, y los integrantes de una organización sindical, encontramos el fuero sindical, el cual está definido en el artículo 405 del CST, como una garantía de la «*que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo*».

De conformidad con lo anterior, en caso de que un empleador despidiera o pretenda despedir, desmejore o traslade a un trabajador que goza de la garantía foral, puede verse inmerso en cualquiera de las siguientes consecuencias jurídicas, a saber:

1. El reintegro como restitución de una desvinculación laboral sin calificación previa de la justa causa por el Juez del Trabajo, rompimiento del vínculo jurídico.
2. La reubicación o reinstalación como restablecimiento del traslado del trabajador sin previa autorización a las anteriores condiciones de trabajo; ello es, sin rompimiento del vínculo jurídico.

3. Permiso ante el juez laboral por parte del empleador para poder despedir o trasladar, que incluye el denominado proceso ordinario de levantamiento de fuero sindical.

El presente asunto se ubica en el escenario primero, por cuanto el extrabajador pretende se declare que fue despedido estando amparado por fuero sindical, sin tener autorización del juez natural. En ese sentido el legislador también se ocupó de regular en el artículo 410 del CST las justas causas que puede invocar el empleador a fin de que el juez otorgue el mencionado permiso, tales como: **«a) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del {empleador} durante más de ciento veinte (120) días, y b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato»**.

No obstante, en este caso se trata de un empleado público, nombrado en provisionalidad, al cual se le aplica una normatividad diferente a la de los trabajadores del sector privado, por ello las causales para dar por terminado el vínculo no son las señaladas en el artículo 410 del CST.

Así las cosas, se tiene que conforme el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos públicos por regla general deben ser provistos a través de concurso de méritos, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; que el ingreso y ascenso en los cargos de carrera debe hacerse con el cumplimiento de los requisitos y condiciones que determine la ley, de acuerdo con un concurso de méritos.

Acorde con el artículo 23 de la Ley 909 de 2004, los cargos de carrera serán provistos en periodo de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de méritos, y el artículo 25 de esa misma normativa, establece que los nombramientos en provisionalidad serán temporales solo por el tiempo que dure el cargo desprovisto

Por su parte el Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, del sector de función pública, en el artículo 2.2.5.3.2. estableció la provisión definitiva de los empleos de carrera teniendo en cuenta el siguiente orden:

- 1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.*
- 2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
- 3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
- 4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.** (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Recuérdese que una vez en firme la lista de elegibles, la entidad para la cual se realizó el concurso de méritos, tiene diez días hábiles para nombrar en estricto orden de mérito los cargos allí plasmados, conforme el artículo 2.2.6.21 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015.

En el *sub lite*, se tiene que el actor desempeñaba en provisionalidad desde el 02 de noviembre de 2012, el cargo de Conductor, Código 480, Grado Salarial 07 en el Consejo de Bogotá, respecto del cual la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, mediante Acuerdo 20201000003896 del 30 de diciembre de 2020, convocó a concurso público de méritos proceso de selección 1462 de 2020, para proveer definitivamente, entre otros cargos, este.

De igual forma se tiene que cumplidas todas las etapas del proceso de selección, la CNSC expidió la Resolución 15300 del 29 de diciembre de 2021, por medio de la cual conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante definitiva del empleo denominado Conductor, Código 480, Grado Salarial 07, y quien ocupó la primera posición fue el señor Carlos Alberto Hernández Romero; dicho acto administrativo

adquirió firmeza el 18 de enero de 2022, y en razón de este mediante Resolución 0077 del 03 de febrero de 2022, se terminó el nombramiento en provisionalidad del actor, y se nombró en periodo de prueba a quien ganó el concurso de méritos, esto es al señor Hernández Romero.

Acorde con lo anterior, se tiene que conforme el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005, no es necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

24.1 Cuando no superen el período de prueba.

24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

Lo anterior significa que, en el caso del actor no era necesaria la solicitud de levantamiento de fuero sindical- permiso para despedir-, dado que pese a haber abierto concurso de méritos público para proveer el cargo que el ejecutaba en provisionalidad, este no participó en el mismo y, por ende, no estaba incluido en la lista de elegibles de este.

La norma citada fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-1119 de 2005, donde se sostuvo:

El nombramiento de cargos en provisionalidad se caracteriza por su temporalidad o transitoriedad, hasta tanto puedan ser provistos en propiedad con quienes hayan superado el proceso de selección. Es decir, se trata de un vínculo destinado a desaparecer una vez se cumplan las situaciones objetivas que permiten al nominador llenar las vacantes transitorias con quienes hayan superado el concurso en estricto orden de méritos. Con ello, se da cumplimiento a las finalidades de la carrera administrativa, esto es, garantizar el ingreso y permanencia al servicio público de las personas más calificadas para desempeñar la función que se les asigna, atendiendo para ello los principios que la orientan, como el mérito y la igualdad de oportunidades.

Ahora bien, como se sabe, la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad constitucional y legalmente responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, razón por la cual resultaba necesario expedir una normatividad que regulara el procedimiento que debe surtir ante esa entidad y por la

misma, para el adecuado cumplimiento de sus funciones. Así, el legislador extraordinario expidió el Decreto-ley 760 de 2005, en el cual se regula el procedimiento para adelantar los procesos de selección, resolver las reclamaciones que se presenten en el desarrollo de los mismos, la exclusión de las listas de elegibles, revocatoria del nombramiento por el no cumplimiento de los requisitos, declaratoria de desierto del proceso de selección. Es decir una normatividad tendiente a garantizar el cumplimiento en rigor del proceso de selección, con el objeto que los nombramientos en carrera una vez superadas todas las etapas, incluido el período de prueba, recaiga exclusivamente en quienes lo han superado en estricto orden de méritos.

*Siendo ello así, en el artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que **quien se encuentre desempeñando un empleo de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial** en los eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo previsto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos. Existe pues una relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el proceso de selección para cargos de carrera administrativa cuya competencia es del resorte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En efecto, **se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes** (CP. art. 125). (Subrayas y negrillas fuera del texto original).*

Recuérdese que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos. Así las cosas, en las circunstancias previstas por el artículo 24 del Decreto-ley 760 de 2005 la desvinculación del trabajador se da por mandato constitucional y legal y no por despido o decisión unilateral del nominador.

(...)

El despido del trabajador sin calificación judicial previa, que desempeña el cargo en provisionalidad y se encuentra amparado con el fuero sindical ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta Corporación, en los cuales se ha sostenido que no es necesario acudir a la autorización judicial para retirar a un empleado con fuero, pues las consecuencias jurídicas relacionadas con la relación o vínculo laboral se predicán de una definición legal de carácter general, como lo es el hecho de no haber superado las condiciones objetivas que le permiten acceder a cargos de carrera administrativa mediante la superación del proceso de selección. Con todo, ello no significa que el despido en estos casos no deba ser precedido de un acto administrativo motivado que

pueda ser controvertido, a fin de evitar el eventual menoscabo de alguno de los derechos fundamentales de los servidores públicos.

La anterior providencia fue reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela STL7254-2017, al estudiar un caso de similares contornos, en el sentido de que quien demandó ejercía un cargo en provisionalidad y fue desvinculado sin permiso del juez natural porque se nombró a quien supero el concurso de méritos, en esa oportunidad tanto el operador judicial de primer nivel como el tribunal accedieron a las pretensiones de la demanda, esto es el reintegro; no obstante, la Corte en sede de tutela dejó sin efecto alguno esas decisiones judiciales, para lo cual consideró:

Pues bien, al analizarse en los términos precedentes, la decisión que motivó la inconformidad de la entidad accionante, para la Sala es claro que el Tribunal Superior de Sincelejo, al reprochar a la Procuraduría General de la Nación que no hubiere solicitado permiso al juez del trabajo para levantar el fuero sindical del que gozaba Raúl Enrique Vergara Álviz, antes de desvincularlo del empleo de Procurador Judicial II que desempeñaba en provisionalidad, por no haber aprobado el concurso de méritos en el que se ofertó dicho cargo, sí incurrió en un grave desatino, debido a que pasó por alto el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, expedido por el Presidente de la República en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 909 de 2004 (...).

Así mismo, el juez colegiado olvidó que la anterior disposición, aplicable al régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación en forma supletoria por virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 909 de 2004, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia CC C-1119-05, en la que dicha colegiatura precisó que la desvinculación de los servidores públicos en provisionalidad, derivada de la falta de aprobación de los concursos de méritos promovidos por la administración pública, no puede considerarse estrictamente un despido que exija previo levantamiento del fuero sindical, debido a que se trata, más bien, de una desvinculación por mandato legal, exenta de tal requisito.

(...)

Debe decirse, entonces, que la corporación accionada quebrantó las disposiciones legales que regulaban el caso sometido a su criterio, por doble vía, en atención a que, por un lado, le exigió a la entidad pública demandada el cumplimiento de un requisito del cual se encontraba expresamente exonerada por virtud del Decreto 760 de 2005 y, por el otro, ordenó el reintegro del actor y el pago de emolumentos a los que no le asistía derecho a la luz del ordenamiento jurídico vigente. (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Así las cosas, se tiene que la desvinculación del actor no se fundó en un querer del empleador de obstruir o entorpecer la labor del sindicato, pues esta obedeció a un mandato constitucional y legal, como es la provisión del cargo por concurso de méritos.

Recuérdese que el fuero sindical lo que busca es proteger el adecuado ejercicio de la libertad sindical y derecho de asociación sindical, a través del resguardo de la estabilidad laboral de sus dirigentes, con el fin de amparar la organización de las decisiones del empleador que de manera directa o indirecta busquen obstruir o entorpecer la labor del sindicato, mediante el retiro del aforado o la variación de sus condiciones laborales.

Por último, se indica que una vez revisada la sentencia CC T-061 de 2002, a la que se alude en la apelación, esta no aplica al presente asunto por tratarse de un asunto relacionado con infracciones de tránsito.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, 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 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 Dieciséis 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



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 \$580.000.



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	11001310501720200040501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	FRANCISCO AVILÁN VALBUENA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 AVILÁN VALBUENA** se **declare** la nulidad de su afiliación y 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 Protección S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **condene** a Colpensiones a recibirlo como afiliado cotizante y a su vez a la AFP a devolver a la administradora pública todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación junto con sus frutos e intereses; que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho y a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 07 de enero de 1958; que inició su vida laboral en el año 1976, cotizando en el entonces ISS, hasta el 01 de julio de 1997, fecha en la que se trasladó al RAIS con la AFP Protección S.A.; que en visita realizada

por un asesor de la mentada AFP, este le ofreció el beneficio de pensionarse a una edad más temprana y la posibilidad de obtener una mesada pensional superior, sin que le realizara una explicación completa acerca de las reales implicaciones del acto de traslado, como tampoco una proyección pensional; que con base en esa información sesgada diligenció formulario de afiliación el día 09 de mayo de 1997, para afiliarse a Protección S.A.

Reseñó que, de haberse mantenido en el RPM, su mesada pensional ascendería como mínimo al 65% de su Ingreso Base de Cotización, pero que al estar en el RAIS, su prestación sería del 35% de tal ingreso; que el día 19 de julio de 2019, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones encaminada a que se nulitara su traslado y afiliación al RAIS y se le retornara al RPM, la cual fue despachada desfavorablemente.

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, aceptó que el actor nació el 07 de enero de 1958; que éste inició su vida laboral en el año 1976, cotizando en el entonces ISS, hasta el 01 de julio de 1997, fecha en la que se trasladó al RAIS con la AFP Protección S.A.; que diligenció formulario de afiliación con la reseñada AFP el 09 de mayo de 1997; que en el año 2019, reclamó ante Colpensiones su retorno al RPM, con ocasión de lo cual esta entidad contestó que realizaría un estudio a fin de determinar a qué fondo se encontraba afiliado el demandante, para finalmente determinar que no era procedente su retorno al RPM, precisando que el actor no era su afiliado. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 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 ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., contestó (fº 1 – 29 archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 07 de enero de 1958; que éste inició su vida laboral en el año 1976, cotizando en el entonces ISS, hasta el 01 de julio de 1997, fecha en la que se trasladó

al RAIS y que diligenció formulario de afiliación con la AFP el 09 de mayo de 1997, precisando que a la fecha de la presentación de la demanda el demandante ya no era su afiliado, como quiera que en el año 2016, fue trasladado a Colpensiones en cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia SU-062 de 2010. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

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 del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por la falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, apelación del precedente sobre actos de relacionamiento y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 31 de marzo de 2023 (archivo 23 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir y prescripción, propuestas por las demandadas en la forma indicada en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO del señor FRANCISCO AVILÁN VALBUENA identificado con la C.C. 3.178.724, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, efectuado a través de PROTECCIÓN S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que el demandante señor AVILÁN VALBUENA, se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES, tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A., como actual administradora de pensiones de la demandante, trasladar a COLPENSIONES, además de los \$238'127.266, correspondientes a aportes en el sistema general de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual, y durante su permanencia en el Fondo de Pensiones Obligatorias de esa AFP, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, conceptos estos que deberán ser devueltos debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, conforme lo considerado en precedencia.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos que efectúe PROTECCIÓN S.A., a favor del demandante, y convalidarlos en la historia laboral respectiva, para efectos de establecer la densidad de semanas a que haya lugar teniendo en cuenta esa devolución de dineros.

SEXTO: SE DISPONE CONDENAR EN COSTAS a las demandadas, y se dispone que una vez en firme la presente sentencia, por Secretaría, se practique la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$900.000 M/Cte., según lo considerado en precedencia.

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que, de entrada ante la discusión sobre si el actor estaba o no afiliado a Colpensiones, era necesario remitirse a los documentos obrantes en el expediente de los que se podía concluir que de conformidad con el certificado SIAFP, el demandante efectuó traslado del entonces ISS a la AFP Protección S.A. el día 09 de mayo de 1997, con efectividad del 01 de julio de ese mismo año y que retornó a Colpensiones el día 04 de agosto de 2016, con fecha de efectividad 01 de octubre del mismo año, lo cual coincidía con la historia la historia laboral aportada por Colpensiones del 27 de abril de 2021.

Dijo que, pese a lo expuesto el presente proceso judicial no carecía de causa, debido a que Colpensiones no aceptó que tuviese afiliado al actor y que además a través de la resolución del 04 de julio de 2019, negó el reconocimiento de la pensión en su favor, debido a que a su juicio, el traslado que la AFP hizo del demandante a Colpensiones en el año 2016 no resultaba válido, por no haberse cumplido el supuesto previsto en la sentencia SU 062 – 2010. Por ello, el a quo estimó que era necesario efectuar el análisis de la validez de los traslados realizados por el actor, tanto al RAIS como al RPM.

Señaló que, para estudiar la viabilidad del traslado efectuado del RAIS al RPM, resultaba necesario remitirse a la sentencia SU- 062 de 2010, en la que la Corte Constitucional previó que las personas afiliadas al RAIS que desearan trasladarse a Colpensiones, debían haber acumulado quince años de servicios equivalentes a 750 semanas de cotización al 01 de abril de 1994, cuestión que en este caso no se cumplía como quiera que para esa data el actor sólo acumuló 736 semanas, de modo que resultaba claro que no debió retornársele a Colpensiones en el año 2016.

Adujo que, era procedente centrarse en la validez del traslado inicial efectuado al RAIS, para lo cual debía tenerse en cuenta que, dada la densidad considerable de semanas que el actor tenía al momento en que realizó el traslado, el deber de información a cargo de Protección que hacía aún más exigente.

Reseñó que, sobre la afiliación del actor al RAIS con Protección S.A., la única prueba documental que obraba en el plenario era el formulario de solicitud de cambio de régimen suscrito el 09 de mayo de 1997, que contenía una información general, sin que se pudiese extraer de este que el asesor de la AFP hubiese cumplido con el deber

de brindar una información clara y suficiente, tendiente a ilustrar a la futura afiliada acerca de aspectos tan importantes como el concepto del RAIS, sus características, la explicación e ilustración acerca de las distintas modalidades de pensión, las condiciones para acceder a un eventual derecho pensional, la forma en que se cuantificaba la mesada pensional y mucho menos sobre la advertencia de que en el RAIS el ahorro estaba sometido a los vaivenes de los mercados financieros; que, la labor del asesor o representante de Protección S.A. más que una gestión técnica y de debida asesoría pensional, había sido de índole comercial orientada a atraer a la afiliada del otro sistema para tratar de engrosar la nómina de vinculados a la AFP.

Expuso que, la Corte Suprema de Justicia, en numerosas sentencias dentro de las que se destacó la CSJ SL 3349 -2021, ha establecido la necesidad de que los fondos de pensiones, previo al acto de traslado, le expliquen al afiliado no sólo las características del RAIS, sino también la forma en que se estructuraba la pensión en ese régimen, más aún cuando lo cierto era que tal prestación dependía de múltiples factores macro y microeconómicos. Resaltó que no era dable presumir que la simple firma impresa en un formulario resultare suficiente para tener por demostrado el cumplimiento de ese deber de información y del consentimiento debidamente informado y que la carga de demostrar el cumplimiento de tal deber incumbía necesariamente a la administradora de fondos de pensiones privados.

Adujo que, el deber de información era un principio fundamental del sistema general de pensiones, pues de este dependía el ejercicio real e informado de los derechos pensionales; que antes de expedirse la Ley 100 de 1993, el Legislador ya había expedido el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o Decreto 663 de 1993, norma que resultaba aplicable a la actividad que cumplían las AFPs y que establecía la importancia del deber de informar al consumidor financiero, señalando como obligación de las entidades vigiladas la de suministrar a los usuarios de esos servicios una información clara y precisa de suerte que les permitiese contar con elementos de juicio tendientes a escoger las mejores alternativas que el mercado de las pensiones les ofrecía.

Advirtió que, del interrogatorio rendido por el actor no se extraía confesión alguna, como quiera que manifestó que la única información recibida fue la relacionada con la liquidación del ISS y el riesgo de perder sus aportes, sin contar con una ilustración si quiera somera del funcionamiento de cada régimen pensional, por lo que concluyó que dados los supuestos fácticos, en este caso se estaba ante una ineficacia

del traslado, como quiera que la desinformación constituía un elemento de juicio suficiente para generar la mentada ineficacia.

En virtud de lo anterior, concluyó que la AFP a la que estaba vinculado el demandante debía trasladar con destino a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales, rubros pagados a las aseguradoras, así como los frutos, rendimientos e intereses y que debía reintegrar a Colpensiones los gastos de administración generados durante la afiliación del actor.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social, es un derecho de carácter irrenunciable y que conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida, únicamente respecto de la condena en costas. Para tal efecto, adujo que Colpensiones era codemandado y un tercero de buena fe que no tuvo intervención en el acto de traslado; que además Colpensiones no podía aceptar el traslado, porque el mismo no cumplía lo previsto en la Ley 797 de 2003, de modo que sólo con la decisión judicial la administradora pública podría

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta 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 Protección 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 y demás deducciones efectuadas.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **FRANCISCO AVILÁN VALBUENA** nació el 07 de enero de 1958 (f°27 archivo 02 carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que se afilió al ISS donde cotizó desde el 01 de enero de 1976 (archivo GRP-SCH-HL carpeta exp. administrativo - carpeta 1ª inst. exp. digital); *iii)* que, a través del diligenciamiento de formulario de afiliación del 09 de mayo de 1997, se trasladó al RAIS con la AFP Protección S.A., acto que se hizo efectivo el 01 de julio del mismo año (f°26 - 27 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital); *iv)* que por solicitud del 04 de agosto de 2016, Protección S.A. dispuso el traslado del actor a Colpensiones, aduciendo que se cumplían los requisitos previstos por la Corte Constitucional en la sentencia SU 062-2010 (archivo 16 carpeta 1ª inst. exp. digital) y *v)* que Colpensiones mediante resolución DPE 5418 determinó que el traslado del actor al RPM no era válido, debido a que, contrario a lo determinado por Protección S.A., no se cumplía el supuesto previsto en la sentencia prenombrada (archivo GRF-AAT – RP carpeta exp. administrativo - carpeta 1ª inst. exp. digital).

Previo a la resolución del problema jurídico planteado, resulta pertinente precisar que no se efectuará un estudio acerca de la validez de la afiliación del actor a Colpensiones que data del 04 de agosto de 2016, como quiera que el a quo en la sentencia de primera instancia concluyó que tal acto carecía de legalidad, por no atemperarse a los parámetros previstos por la Corte Constitucional en la sentencia SU 062-2010, cuestión que lógicamente resultó favorable para Colpensiones y que no fue objeto de reparo por ninguna de las partes, de manera que, no sería procedente analizarlo vía consulta y, tampoco dentro de la resolución del recurso de alzada.

En este orden, se procederá entonces a efectuar el análisis de la eficacia del traslado primigenio del actor, en sede de consulta en favor de Colpensiones, así como del reparo efectuado frente a la condena en costas.

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 el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – 09 de mayo de 1997, con efectividad del 01 de julio del mismo año -, 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 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, 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).

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, 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), tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia de primer grado.

Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que, por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual del actor, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación.

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, 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).

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

En lo respecta al recurso formulado por la parte Colpensiones, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra por no haber participado en el acto de traslado, advierte esta Sala que no le asiste razón. De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso además de Protección S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperó. Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de 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:

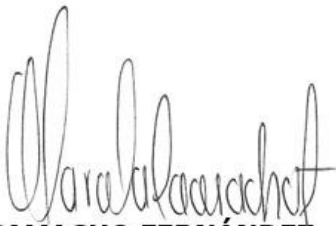
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES 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 \$1.160.000.



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	11001310501820210030601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ALBA MÉLIDA AGUIRRE TEJADA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), 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 **ALBA MÉLIDA AGUIRRE TEJADA** se **declare** la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado con Porvenir S.A., así como del traslado posterior efectuado a Protección S.A., por la omisión del deber de información de ambas administradoras. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **condene** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos; que se ordene a la administradora pública a recibirlos; que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 01 a 26 - archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 23 de julio de 1963; que cotizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones con el ISS desde el 15 de septiembre de 1987, hasta el 31 de agosto de 1988, donde acumuló un total de 50,29 semanas; que para el año 1994, unos asesores de Porvenir acudieron a su lugar de trabajo con el propósito de vincular a los asalariados al RAIS con esa AFP; que posteriormente en noviembre de 2004, unos promotores de la AFP Santander hoy Protección S.A. acudieron a su lugar de trabajo, para afiliar a los empleados a ese fondo privado; que para septiembre de 2005, ella y sus compañeros fueron abordados nuevamente por asesores de Porvenir S.A. para trasladarse a esa AFP; que en ninguno de los traslados efectuados recibió una información completa, veraz y suficiente acerca de las implicaciones y trascendencia del acto; que por el contrario se le indicó que en el RAIS podría pensionarse a una edad más temprana y obtener una mesada pensional superior a la que tendría de mantener en el ISS; que tampoco se le explicaron los requisitos que debía cumplir para acceder a las prestaciones del régimen, como tampoco las ventajas y desventajas del tránsito.

Agregó que, el 16 de febrero y el 28 de junio de 2021, presentó derechos de petición a Porvenir S.A. y a Protección S.A., respectivamente, a efectos de que se le entregara el formulario de afiliación y se le explicaran las razones por las que no se le había suministrado una información detallada acerca de las implicaciones del traslado; que ambas entidades dieron respuesta a las peticiones, entregando los formularios de afiliación; que también elevó petición a Colpensiones requiriendo su retorno al RPM, la cual fue negada por esta entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 1- 33 archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 23 de julio de 1963; que elevó petición a Colpensiones requiriendo su retorno al RPM, la cual fue negada. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 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 ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A contestó (f°01 – 28 archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 23 de julio de 1963; que firmó formulario de afiliación con la AFP Protección S.A. el 16 de noviembre de 2004; que el 28 de junio de 2021, la actora presentó derecho de petición a efectos de que se le entregara el formulario de afiliación; que esta entidad dio respuesta, suministrando el formulario de afiliación. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restituciones mutuas, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional, innominada o genérica, traslado de la total de aportes a Porvenir S.A. y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A contestó (f°01 – 41 archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno, indicando que no le constaban o que no eran ciertos. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de mayo de 2023 (archivo 12 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora ALBA MÉLIDA AGUIRRE TEJADA identificada con cédula de ciudadanía No. 30.287.550, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuada el día 08 de abril de 1994, y consecuentemente de manera posterior por la extinta AFP SANTANDER PENSIONES Y CESANTÍAS, siendo absorbida esta entidad por la AFP ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., efectuada el día 16 de noviembre de 2004, y finalmente a la AFP PORVENIR S.A., efectuada el día 01 de septiembre de 2005, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora ALBA MÉLIDA AGUIRRE TEJADA identificada con cédula de ciudadanía No. 30.287.550, 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 CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS 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 ALBA MÉLIDA AGUIRRE TEJADA identificada con cédula de ciudadanía No. 30.287.550, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más 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 15 de septiembre de 1987, 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 ALBA MÉLIDA AGUIRRE TEJADA, identificada con cédula de ciudadanía No. 30.287.550, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 15 de septiembre de 1987, 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 ALBA MÉLIDA AGUIRRE TEJADA, identificada con cédula de ciudadanía No. 30.287.550, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS 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 en este caso estaba fuera de discusión que la demandante inicialmente estuvo afiliada al RPM; que cotizó al ISS hoy Colpensiones un total de 106 semanas entre el 15 de septiembre de 1987 y el 30 de abril de 1994; que solicitó el traslado al RAIS con la AFP Porvenir el día 08 de abril de 1994; que posteriormente, el 16 de noviembre de 2004, solicitó el traslado horizontal a la AFP ING – hoy Protección S.A. y que retornó a Porvenir a través de solicitud del 01 de septiembre de 2005.

Como fundamentos normativos, aludió a los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al Decreto 663 de 1993, el Decreto 2241 de 2010, a la Ley 1448 de 2014 y al Decreto 2050 de 2015, de los que se extraía que las normas laborales habían evolucionado, por lo que era posible determinar que el deber de información a favor

de los afiliados de los fondos de pensiones había atravesado tres etapas: la primera correspondiente a la del deber de información contenido en el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, y en los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, que correspondía a la obligación de ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales vigentes; la segunda etapa iniciada con la Ley 1328 de 2009, y el Decreto 2241 de 2010, en la que el legislador introdujo el deber de asesoría y buen consejo y la tercera a partir de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2061 de 2015, con la que se había introducido la obligación de brindar doble asesoría.

Refirió que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL19447-2017, entre muchas otras, estableció que en el campo de la seguridad social existía una carga para las AFPs de obtener un consentimiento informado de sus afiliados que garanticen que ellos antes de aceptar cualquier servicio comprendieran sus condiciones, riesgos y consecuencias, lo cual solo se podía asegurar a través del suministro de una información completa, comprensible, veraz y oportuna, por lo que el simple consentimiento vertido en los formularios de información resultaba insuficiente para acreditar este asunto.

Agregó que, los fondos tenían la carga de la prueba cuando el afiliado alegaba que no recibió ningún tipo de información, debido a que ello se traducía en una negación indefinida, por lo que se generaba una inversión con cargo a las AFPs; que en ese sentido a ellas les correspondería demostrar o probar que efectivamente se cumplió con ese deber de información, más aún porque se entendía que estaban en mejores condiciones de probar dada su cercanía con los medios de prueba y también por tener la obligación de conservar los archivos soportes de ello; que además la Alta Corte había previsto que la consecuencia jurídica de incumplir o de no acreditar el cumplimiento del deber de información era la declaratoria de la ineficacia del traslado.

Expuso que, en el caso que nos ocupa la demandante estaba inicialmente vinculado al RPM y que se trasladó al RAIS con Porvenir el 08 de abril de 1994 con fecha de efectividad del 01 de mayo del mismo año; que posteriormente efectuó un traslado horizontal a la AFP ING hoy Protección S.A., para finalmente retornar al Porvenir, que estas AFPs debían entonces cumplir la carga de la primera etapa del deber de información consistente en la ilustración de las características, ventajas y desventajas de cada régimen; que sobre tal traslado el único documento soporte eran los formularios de afiliación de los que no se podía extraer que a la se le hubiese

brindado una información clara, suficiente y comprensible en los términos previamente indicados, de ahí que debiera considerarse que el fondo incumplió la carga demostrativa que le incumbía.

Por las razones expuestas, estimó que era procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS y en consecuencia privar de todo efecto práctico el traslado inicial, así como los traslados horizontales efectuados con posterioridad, bajo la ficción jurídica de que tal acto nunca ocurrió y que la demandante siempre estuvo afiliada al RPM.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, refirió que el *a quo* no tuvo en cuenta que la demandante se mantuvo en el RAIS y guardó silencio por más de 20 años, lo que avizoraba un abandono de su situación pensional; que del interrogatorio de parte practicado se evidenciaba que la actora hizo el traslado de manera libre y voluntaria; que en ese sentido no se pudo probar el incumplimiento al deber de información, ni tampoco que hubiese sido constreñida o inducida a error o vicio alguno en el consentimiento; que además la actora era perfectamente capaz en su calidad de trabajadora social.

Destacó que, el *a quo* pasó por alto la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se había especificado que el período de carencia previsto en la Ley 797 de 2003 estaba encaminado a garantizar la sostenibilidad del sistema pensional, afectando la garantía de los afiliados que sí habían cotizado de manera ininterrumpida al RAIS; que además el traslado solicitado por la demandante era válido como quiera que para el momento en que se hizo ella no tenía ninguna expectativa legítima de pensionarse en el RPM.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia específicamente contra el numeral tercero, en lo atinente a la orden de trasladar los gastos de administración, primas de seguros previsionales y deducciones para pensión de garantía mínima. Al respecto indicó que no existían razones fácticas ni jurídicas para ordenar tal restitución, debido a que correspondían a obligaciones de tracto sucesivo, que no hacían parte de los dineros destinados a financiar la pensión de la actora, pues correspondían a una retribución autorizada por la Ley para las AFPs por la debida gestión y administración de los ahorros de los

afiliados, cuestión que en este caso fue cumplida como se desprendía de los rendimientos que había generado la cuenta de la actora.

Dijo que, era improcedente ordenar la restitución de los valores indexados debido a que a su criterio ello era incompatible con los rendimientos financieros, teniendo en cuenta que se estaría condenando a Porvenir dos veces por el mismo rubro ya que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante no se vieron afectados por la inflación, por haberse obtenido rendimientos.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir y por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta 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., así como los tránsitos horizontales efectuados, son ineficaces 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 que se hubiesen realizado, debidamente indexadas.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **ALBA MÉLIDA AGUIRRE TEJADA** nació el 23 de julio de 1963 (fº 30 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que la actora estuvo afiliada al RPM con el ISS, donde cotizó desde el 15 de septiembre de 1987 hasta el 30 de abril de 1994, acumulando 106 semanas (fº54 archivo 07 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A., a través de formulario de afiliación del 08 de abril de 1994, con efectividad del **01 de mayo del mismo año** (fº84 archivo 05 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** que se trasladó a la AFP ING hoy Protección S.A., a través de formulario de afiliación del 16 de noviembre de 2004, con efectividad del 01 de enero de 2005 (fº29 archivo 06 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **v)** que retornó a Porvenir S.A. a través de formulario de afiliación del 01

de septiembre de 2005, con fecha de efectividad del 01 de noviembre del mismo año, donde permanece vinculada (fº84 – 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 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 la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**08 de abril de 1994, con efectividad del 01 de mayo del mismo año**-, 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 obran formularios de solicitud de afiliación de las AFPs, de ellos solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente dan 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 de los mismos pueda concluirse que dichas AFPs cumplieran con el deber de suministrar a la afiliada 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).

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado la afiliada 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. (Negritas 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. (Negritas 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.

Ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por la demandante, advierte la Sala que no se desprende confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGP que permitan acreditar que en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Porvenir S.A. hubiese dado cumplimiento al deber de información que le asistía, pues resulta claro que al actor no se le realizó una explicación acerca del funcionamiento de los regímenes pensionales, de sus características, como tampoco se le pusieron en conocimiento las implicaciones del acto de traslado, los riesgos y mucho menos las desventajas de pertenecer al RAIS. En este sentido, no es recibo el reparo que en ese sentido formuló Porvenir S.A.

En cuanto al cuestionamiento realizado también por Porvenir S.A. sobre el carácter profesional de la demandante, quien es trabajadora social, encuentra esta Sala que no está llamado a prosperar. Ello en razón a que, de su profesión en modo alguno puede deducirse que para el momento del traslado conocía en detalle el funcionamiento de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas de pertenecer a cada uno y el impacto que ello tendría en su futuro pensional. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL3349-2021:

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun

trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado.

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, 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 a quo ordenó la devolución en los términos precitados, por lo que deberá confirmarse la decisión en su integridad.

Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual de la actora, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación, por lo que deberá despacharse desfavorablemente el reparo que al respecto formuló 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 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), de modo que el reparo que sobre el particular formuló la administradora pública no tiene vocación de prosperidad.

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 Colpensiones y de Porvenir, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

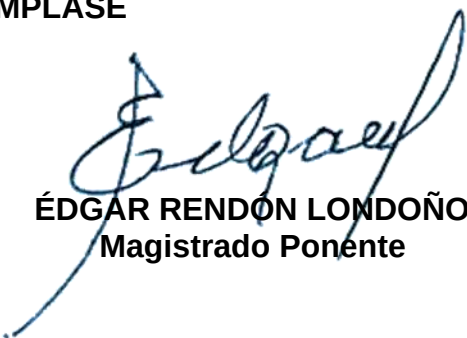
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en la sentencia del 30 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 de Porvenir, la suma de \$1.160.000 para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente