



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO

SALA ÚNICA

EDICTO No. 014

LA SUSCRITA SECRETARIA DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, POR MEDIO DEL PRESENTE EDICTO NOTIFICA A LAS PARTES LA PROVIDENCIA DE FECHA 14 DE MARZO DE 2023 QUE EMITE SENTENCIA, DICTADA DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL CON RADICACIÓN No. 15759-31-05-001-2021-00039-02:

DEMANDANTE(S) : ELCI MOSQUERA OLARTE
DEMANDADO(S) : COLPENSIONES Y OTRO
FECHA SENTENCIA : 14 DE MARZO DE 2023
MAGISTRADO(A) PONENTE : Dr. JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL

EL PRESENTE EDICTO SE FIJA EN LA PÁGINA WEB DE LA SECRETARÍA DE LA SALA ÚNICA POR UN DÍA (1) HÁBIL, HOY 15/03/2023 a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del C.P.T.S.S., en concordancia con el artículo 40 ibídem y la notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de la fijación del Edicto.

RUTH ALCIRA COMBARIZA ROJAS
Secretaria

El presente EDICTO se desfija hoy: 15/03/2023 a las 5:00 p.m.

RUTH ALCIRA COMBARIZA ROJAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
SALA UNICA**

ACTA DE DISCUSIÓN 9 DE MARZO DE 2.023

MAGISTRADO PONENTE: JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL

Santa Rosa de Viterbo, nueve (9) de marzo de dos mil veintitrés (2.023), se reunieron los suscritos Magistrados integrantes del Tribunal Superior del Distrito Judicial, doctores GLORIA INÉS LINARES VILLALBA, EURIPIDES MONTOYA SEPULVEDA y JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL, quien preside el acto como Magistrado Ponente, con el fin de estudiar el proyecto laboral con radicado 202100039 siendo demandante Elci Mosquera Olarte y demandado AFP Colpensiones y Otro el cual fue aprobado por la mayoría de la Sala.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jorge Enrique Gómez Ángel'.

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado Ponente

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gloria Inés Linares Villalba'.

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Eurípides Montoya Sepúlveda'.

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SANTA ROSA DE VITERBO SALA ÚNICA

Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación
Ley 1128 de 2007

RADICACIÓN:	157593105001202100039 02
PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
JUZGADO:	JUZGADO PRIMERO LABORAL CIRCUITO DE SOGAMOSO
INSTANCIA:	SEGUNDA – APELACION Y CONSULTA
PROVIDENCIA:	SENTENCIA
DECISION:	CONFIRMA
DEMANDANTE:	ELCI MOSQUERA OLARTE
DEMANDADO:	COLPENSIONES y Otro
APROBACIÓN:	Sala de discusión
M SUSTANCIADOR:	JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL Sala Segunda de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, martes, catorce (14) de marzo de dos mil
veintitrés (2023)

Procede este Tribunal Superior del Distrito Judicial, a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sogamoso, observándose cumplidos los presupuestos procesales, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado.

1. ANTECEDENTES RELEVANTES:

1.1. El 25 de febrero de 2021 mediante apoderado judicial Elci Mosquera Olarte, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora

157593105001202100039 02

Colombiana de Pensiones “Colpensiones” y la Administradora del Fondo de Pensiones Porvenir S.A.

1.2. Como **sustento fáctico** expresó:

1.2.1. Que se afilió el 20 de septiembre de 1988 al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, realizando sus cotizaciones a pensión al régimen de prima media con prestación definida -RPMPD-, trasladándose al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. el 01 de julio de 2002 sin embargo manifiesta que al momento del cambio de régimen no se le informó las consecuencias reales que implica dicho cambio, no se le brindó una asesoría, ni información completa y clara sobre las implicaciones de abandonar el régimen en el que se encontraba.

1.3. Pretensiones:

1.3.1. Solicitó se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad Administrado por el fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a que disponga el traslado y la reciba en el régimen de prima media con prestación definida; se condene al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los aportes que hubiese recibido con motivo de su afiliación; a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todos los rendimientos que se hubiesen causado como cotizaciones, bono pensional, sumas adicionales con todos sus frutos e

157593105001202100039 02

intereses; que los cobros por administración deberán integrarse a la masa de aportes y rendimientos financieros que se devuelvan a Colpensiones.

1.4. Trámite:

1.4.1. Mediante auto del 15 de abril de 2021 fue admitida la demanda, ordenándose correr traslado a los demandados Colpensiones y Porvenir S.A., así como la notificación del auto en mención a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público por conducto de la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo.

1.4.2. El **Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. por apoderado judicial** contestó la demanda el 23 de julio de 2021, como consta en el expediente digital, manifestando oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, solicitando al despacho a su representada, bajo el argumento de que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante es completamente válido, por cuanto sostiene su prohijada brindó la información pertinente y necesaria, razón por la cual afirma sería improcedente negar dicha afiliación y declarar la ineficacia del traslado, resaltando que la demandante suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada el traslado con su mandante, recibiendo asesoría verbal, amplia y suficiente.

1.4.2.1. Como **excepciones de fondo** propuso la *“prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe”*.

1.4.4. La **Administradora Colombiana de Pensiones** “Colpensiones” por apoderado, no contestó la demanda en término, pues se notificó el 16 de noviembre de 2021, como consta en el expediente digital, se opuso a que prosperen todas y cada una de las pretensiones declarativas y condenatorias propuestas, por carecer de sustento fáctico y legal, bajo el argumento de que el traslado de la demandante se realizó en el año 2003, época en la cual la condición previa de brindar asesoría no se había establecida dentro del ordenamiento jurídico vigente y por lo tanto procedería únicamente para aquellos traslados entre regímenes que se efectuaran a partir del año 2014 que en su sentir desvirtuaría las pretensiones de la demanda, en razón a que estas se fundamentan en la falta de información por parte del representante de la AFP Porvenir S.A.

1.4.4.1. Que la demandante no desplegó actuación alguna tendiente a obtener información sobre su futuro pensional, así como no probó que la información suministrada contrariara lo consagrado en el artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que expresa las condiciones, requisitos, modalidades, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad. En igual sentido, sostuvo que no medió alguna solicitud de información que hiciera la hoy demandante sobre su futuro pensional durante su vida laboral, sustrayéndose así de sus deberes como afiliada al sistema general de pensiones y convalidando su deseo de permanencia en el RAIS¹.

1.4.4.2. Como **excepciones de fondo** propuso la “*falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, imposibilidad del traslado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, cobro de lo no debido, buena fe de*

¹ Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

Colpensiones, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional. enriquecimiento sin justa causa, improcedencia de costas e intereses en contra de Colpensiones, conmutación pensional, prescripción, prescripción de la acción, innominada o genérica”.

1.4.5. Por auto del 19 de abril de 2022 el juzgado requirió a la parte demandante para que aportara la constancia de la fecha de remisión del correo electrónico a través del cual notificó de manera personal a las demandadas el auto admisorio de la demanda.

1.4.6. El extremo activo a través de memorial radicado al correo electrónico habilitado del juzgado de conocimiento, allegó el 28 de abril de 2022 lo ordenado por el despacho en el auto mencionado con precedencia, allegando las pruebas del hecho cumplidas el 26 de abril de 2021.

1.4.7. Mediante providencia del 16 de junio de 2022, el juzgado de conocimiento tuvo por notificadas debidamente a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. De otra parte, resolvió tener por no contestada la demanda por parte de las demandadas antes mencionadas y tener como *indicio grave* en su contra la falta de dicha respuesta, auto que fue objeto del recurso de alzada por parte del extremo pasivo Colpensiones S.A, recurso que fue concedido en el efecto suspensivo ante esta corporación, el que fue desatado por este Tribunal Superior a través de proveído del 13 de octubre de 2022, en el que se dispuso confirmar el auto apelado.

1.4.8. Resuelto el recurso de alzada, encontrándose en audiencia del artículo 80 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la cual tuvo lugar el 25 de agosto de 2022 se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en la que se dio curso a la fórmula de arreglo conciliatorio que planteó la demandada Porvenir S.A. suspendió la diligencia por un término de diez (10) días a dicha para que la propuesta conciliatoria propuesta y puesta en conocimiento a la demandante Elci Mosquera y su apoderada judicial.

1.4.9. El 17 de noviembre de 2022, el juzgado de conocimiento manifestó que como quiera que la parte demandante y Colpensiones, guardaron silencio frente a la propuesta de conciliación presentada por Porvenir S.A., la oportunidad se declaró fracasaba y se continuó con el trámite, dictando el fallo respectivo.

1.5. Sentencia de primer grado² en la que declaró la ineficacia de la “*afiliación y traslado*” de la actora, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colpensiones administrado por Porvenir S.A., efectuado el 27 de mayo del año 2003, y que se hizo efectivo el 1 de julio del mismo año; ordenó a la demandada Porvenir S.A. trasladar a la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones, todos los valores que hagan parte de la cuenta de ahorro individual de Elci Mosquera Olarte; dineros que deben incluir los respectivos rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales,

² “DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado de ELCI MOSQUERA OLARTE, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el día 27 de mayo del año 2003, y que se hizo efectivo el día 1 de julio del año 2003 a PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. **SEGUNDO:** - ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hagan parte de la cuenta de ahorro individual de la señora de ELCI MOSQUERA OLARTE; dineros que deben incluir los respectivos rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales, aportes voluntarios con sus frutos o rendimientos según lo dispuesto en el artículo 1746 del C. C. y sin realizar descuentos por cuotas de administración. **TERCERO:** ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, recibir sin solución de continuidad a la señora ELCI MOSQUERA OLARTE, dentro del régimen de prima media con prestación definida. **CUARTO:** CONDENAR en costas a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en favor de la señora ELCI MOSQUERA OLARTE. Fíjese el valor de un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2022 a cargo de cada una de las demandadas. Por secretaría procédase a su liquidación”

157593105001202100039 02

aportes voluntarios con sus frutos o rendimientos según lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y sin realizar descuentos por cuotas de administración, los que deberían ser recibidos por el igualmente demandado Colpensiones, “*sin solución de continuidad*”, dentro del régimen de prima media con prestación definida

1.5.1. En la decisión de instancia **se argumentó**, que accedería a declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida - RPMPD-, al régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-, por falta de información, señalando que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha precisado que en estos casos debe establecerse si al momento del traslado de régimen el afiliado recibió la información correspondiente por parte del fondo de pensiones, por lo cual aterrizando al caso bajo estudio sostuvo que, la carga de la prueba estaba en cabeza de Porvenir S.A. en acreditar que cumplió con su deber de información, lo cual no ocurrió, como quiera que, la sola firma del formulario como lo afirmaron los apoderados en sus alegatos de conclusión, no constituye por sí mismo la única prueba por la cual el despacho constatase que efectivamente existía una debida información a la demandante, más aun cuando la parte demandada no contestó la demanda.

1.5.2. Siguiendo el hilo conductor, señaló el *A quo* que en el presente caso no existía un régimen probatorio que le indicase al despacho que efectivamente a la afiliada aquí demandante se le haya informado sobre los beneficios de ambos regímenes, diferencias entre uno y otro, proyección de la posible mesada pensional en los mismos, afirmando que la decisión solo puede llamarse libre y voluntaria cuando quien debe tomarla cuenta con el conocimiento suficiente para tomar la decisión, pues de lo contrario, es decir

la falta de información, puede llegar precisamente a viciar la voluntad del individuo tal y como la Corte Suprema lo ha reconocido.

1.5.3. Por lo expuesto anteriormente, el fallador de primer grado concluyó que, como quiera que la demandada Porvenir S.A. no aportó soporte probatorio alguno que acreditara que brindó toda la asesoría necesaria a la demandante para que como afiliada tomará de manera libre y consciente la decisión de traslado de régimen pensional, por cuanto al citado fondo se le tuvo por no contestada la demanda y, dentro de los documentos que se decretaron como prueba documental de oficio no existe documentación alguna que indique que a la demandante se le haya brindado la información clara y completa sobre los beneficios y defectos de cada régimen especialmente en relación con la cuantía de la pensión de vejez, las consecuencias de su traslado, las características de cada uno de ellos, necesarios para que la demandante tomara una decisión debidamente informada y tanto libre como voluntaria, se procedería a declarar que el traslado del régimen que se realizó el 27 de mayo del año 2003 y que se hizo efectivo a partir del día 01 de julio de 2003, era ineficaz.

1.6. Apelación:

1.6.1. El apoderado judicial de la demandada Colpensiones S.A. interpuso recurso de apelación manifestando no estar de acuerdo con la decisión del fallador de primer grado, bajo el argumento de que no es procedente condenar a su mandante a recibir los aportes de la demandante, pues afirma esta decisión estaría en contravía del ordenamiento jurídico vigente, aunado a que en su sentir se estaría vulnerando el erario, generando un impacto negativo en el producto interno de la reserva pensional.

1.6.2. Añadió que cuando se presentó la solicitud de traslado, la hoy demandante se encontraba inmersa en la prohibición de traslado, como quiera que se encontraba a menos de diez (10) años del cumplimiento del requisito de su edad pensional y por lo tanto no es viable su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que cuando se presentó esta afiliación no se configuraron vicios del consentimiento, puesto que, en su sentir, todas y cada una de las respuestas de su prohijada han cumplido a cabalidad con el ordenamiento jurídico. Por lo anterior, considera que la afiliación fue totalmente válida, pues no se demostraron vicios del consentimiento al momento de suscribir el formulario de afiliación con la Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir S.A.

1.6.3. Finalmente, solicitó sea revocada la condena en costas impuesta a su prohijada, bajo el argumento consistente en que Colpensiones S.A. es un tercero dentro del presente asunto y los actos jurídicos elevados y encaminados a la ineficacia de los traslados realizados por la demandante y por la Administradora del Fondo de Pensiones Porvenir S.A. deben tener únicamente efectos interpartes, razón por la cual sostuvo que su prohijada es un tercero de buena fe e independientemente de la decisión adoptada por el juez de instancia bien sea favorable o desfavorable, Colpensiones no puede ser perjudicada ni favorecida con esta decisión.

1.7. Traslados:

1.7.1 Mediante providencia de 12 de diciembre de 2022 se dio traslado a las partes para alegar conforme a lo dispuesto por el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Una vez vencido el termino de traslado según obra en

157593105001202100039 02

constancia secretarial emitida por esta corporación del 12 de octubre de 2022, todos los interesados guardaron silencio.

2. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER:

2.1. La consulta y apelación:

2.1. El artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, dispone la consulta para las sentencias de primera instancia adversas a la Nación, como en este caso resultó desfavorable la decisión a Colpensiones, se procederá en ejercicio del grado jurisdiccional, a revisar la legalidad de la sentencia remitida en consulta por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sogamoso, así como se resolverá la apelación propuesta por el actor.

2.2. Conforme a lo alegado y pretendido, lo que se debe resolver por este Tribunal es: *(i) Si es válido el traslado del régimen pensional que se efectuó por parte de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (Colpensiones) al régimen de ahorro individual con solidaridad (Porvenir S.A.) y, por lo tanto, si debe declararse la eficacia del mismo, o si por el contrario, es procedente la condena impuesta por la primera instancia a la Administradora del Fondo de Pensiones Porvenir S.A. (ii) Si la sentencia está llamada a tener efectos interpartes, y no afecta a la recurrente, (iii) Si la sentencia tiene efectos sobre la sostenibilidad financiera del sistema administrado por Colpensiones, (iv) Si hay lugar a que la demandada Colpensiones no sea condenada en costas; (v) La legalidad de la decisión de primera instancia en el ejercicio del grado jurisdiccional de consulta.*

2.2. Sistema general de seguridad social en pensiones:

2.2.1. Este sistema tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado inicialmente por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP), dentro de las cuales se encuentra la hoy demandada Porvenir S.A.

2.2.2. De igual manera y de conformidad con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir *“libre y voluntariamente”* el régimen que mejor le convenga para sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones.

2.3. El deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones:

2.3.1. En virtud de lo anterior, a través de la Ley 1328 de 2009 se consagró el deber en cabeza de las entidades financieras para con los consumidores en el desarrollo de las relaciones que surgen entre estos, de observar con celo el principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, según el cual las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros *información cierta, suficiente clara y oportuna* que permita

157593105001202100039 02

especialmente a estos últimos conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos de las relaciones que establecen con las entidades vigilantes.

2.3.2. Tal información entendida como *cierta* es aquella en la que el afiliado conoce los detalles y circunstancias legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las situaciones en las que se encontraría al afiliarse al mismo. La información *suficiente* se podría definir como la obligación de dar a conocer al usuario de la manera más explícita posible todo lo relacionado con lo que se pretende adquirir, por lo tanto, las informaciones incompletas deficitarias o sesgadas que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro, es una forma de ineficacia de un acto pues lo podría conducir al error. La información *oportuna*, busca que esta se transmita en el momento que se debe ser, en este caso en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que la persona pueda tomar decisiones a tiempo.

2.3.3. Aunado a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no puede alegarse *“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 tránsito³”*.

³ Sentencia CSJ SL12136-2014.

2.4. El deber de asesoría y buen consejo:

2.4.1. Ahora bien, en cuanto al *deber de asesoría y buen consejo*, es preciso indicar que los mismos se impusieron desde de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que, “*i) desde la instauración del sistema integral de seguridad social de la Ley 100 de 1993 se permitió la coexistencia de dos regímenes de pensiones, RPM y RAIS, bajo principios de libre competencia; ii) en ese particular escenario, los afiliados tienen el derecho a afiliarse libremente a uno de esos regímenes y a trasladarse entre los mismos, teniendo en cuenta sus particulares condiciones, intereses y necesidades; iii) no obstante, para que esa decisión sea realmente libre y voluntaria, es menester que los afiliados tengan una especie de libertad informada o consentimiento informado, que solo se logra si las administradoras de pensiones cumplen su deber de suministrar información clara, completa y transparente sobre las consecuencias del traslado, en cuanto a sus ventajas y desventajas; iv) y, para esos fines, no basta con la simple suscripción de un formulario, sino que a la respectiva entidad administradora le asiste la carga de demostrar el cumplimiento efectivo de sus obligaciones, así como su actuar diligente y honesto⁴*”

2.4.2. Por ello, en sentencia del 8 de mayo de 2019 SL1688 de 2019, radicación No. 68838 con Ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se concluye que a las AFP les es imperativo, desde su creación, el *deber de suministrar una información necesaria y transparente*, aclarando que, con el transcurrir del tiempo esta exigencia pasó a considerarse de ser un deber de información necesaria al de *asesoría y buen*

⁴ SL1452 de 2019

consejo, y finalmente al de doble asesoría, incluso, esta misma sentencia respecto al valor probatorio de los formularios de afiliación, ha enseñado que éstos acreditan un consentimiento, pero no informado, puesto que: “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. (...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado. Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna”.

2.4.3. Así mismo, el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado sin vacilación alguna que el análisis de los hechos previos al traslado, son determinantes para la eficacia del mismo, pues de no haberse verificado la información en la forma como se ha determinado, deviene la ineficacia del traslado, el que puede haber surgido desde el momento de las diligencias iniciales o concomitantes al traslado, o causarse con el transcurso del tiempo, razón por la que el

argumento examinado, no puede constituirse como factor suficiente para negar las pretensiones de ineficacia del traslado de Régimen Pensional.

2.5. La carga dinámica de la prueba – inversión a favor del afiliado:

2.5.1. Por regla general quien alega un hecho del cual pretende consecuencias jurídicas, tiene a su cargo la obligación de demostrarlo o acreditarlo probatoriamente, como así lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso; sin embargo, aterrizando al caso bajo estudio, tanto la legislación probatoria civil como la jurisprudencia laboral ha sido enfática en precisar que esa carga probatoria recae en el fondo de pensiones, premisa que es concordante con lo estipulado en el artículo 1604 del Código Civil, el cual señala que: *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*.

2.5.2. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que: *“pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento⁵”*.

2.5.3. Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, tal regla fue acatada en debida forma por la primera instancia, en primer lugar, porque como quedó

⁵ 3 SL1452 de 2019

establecido, se tuvo por no contestada la demanda por parte de Porvenir S.A. es decir, en la oportunidad procesal no allegó al plenario prueba alguna que lograra desvirtuar el supuesto de hecho pretendido con la demanda, esto es, evidencias respecto a si se le brindó al demandante la información cierta, suficiente, comprensible y oportuna a la hora de persuadirla de trasladarse de régimen, en los que se pudiera proclamar que la actora hubiere sido informada respecto de los efectos del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones S.A. al de ahorro individual con solidaridad.

2.5.4. Ahora, si bien el fallador de primer grado decretó oficiosamente los documentos allegados con la contestación extemporánea tanto por Colpensiones S.A. como por Porvenir S.A., no se observa por parte de esta Sala que dentro de los mismos repose evidencia alguna que permita demostrar que el traslado de régimen se realizó en debida y legal forma, como lo ha sostenido pacíficamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia.

2.5.5. Así si se tiene que la demandante Elci Mosquera Olarte aseguró no haber recibido por parte de Porvenir S.A. una asesoría clara y suficiente acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como las consecuencias financieras que asumiría en cada uno de ellos, como efectivamente ocurrió, entre otras cosas.

2.5.6. Así las cosas, le asistía a la Administradora del Fondo de Pensiones Porvenir S.A. la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera

a la afiliada Elci Mosquera Olarte, elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, realizando un juicio de conveniencia, mediante un paralelo entre cada uno de los regímenes, exponiendo características, ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas del traslado, circunstancia que no se probó en el curso del proceso por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir S.A.

2.5.7. De esta forma, es posible concluir que Elci Mosquera Olarte, no fue asesorada al tiempo de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no se le explicaron de forma detallada tanto las ventajas como las desventajas que le acarrearía en un futuro el trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no contó con un parangón entre ambos regímenes, ni mucho menos pudo conocer al momento del traslado cuál habría sido el valor de su pensión en el sistema público de pensiones, lo cual conlleva a concluir que al no contar con información clara, completa y oportuna, así como sin un claro y serio comparativo de normas que permitiesen a la afiliada conocer el futuro monto de una mesada pensional, no se podría lograr una convalidación real de las ventajas y desventajas de uno y otro, para así a través de la realidad y un juicio claro e imparcial tomar la determinación -al momento de cambiarse de régimen- que más le favoreciera en su futuro pensional.

2.5.8. Por lo antes anotado, esta Sala determinará que existió ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, deprecado por la parte actora, como quiera que la demandada Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. no cumplió con la carga que se le imponía, esto es, acreditar haber transmitido a la parte

actora la información concreta y cierta, acerca de la implicación del traslado de régimen pensional, esgrimiendo como único elemento la libre y voluntaria decisión de traslado por la promotora de la *litis*, sin que existiera una prueba fehaciente que demostrara lo indicado por la entidad Porvenir S.A.

2.6. De la imprescriptibilidad de la ineficacia del traslado entre Regímenes Pensionales:

2.6.1. Frente a este tópico señalado por el apoderado judicial de la demandada Colpensiones S.A. al recurrir, respecto a que no es posible en el presente asunto declarar la ineficacia del traslado como quiera que la demandante se encontraba inmersa dentro de la prohibición de traslado, pues sostiene se encontraba a menos de diez (10) años del cumplimiento del requisito de su edad pensional y por lo tanto no es viable su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; al respecto, es preciso traer a colación lo mencionado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1197 de 2021 en la que expuso que *«Sobre el particular, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.»* en la que además arguye *«En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.»*

2.7.1. De la devolución de los rendimientos generados en el RAIS a Colpensiones S.A. como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen de pensión y de la no afectación al principio de sostenibilidad financiera:

2.7.1. A través de la sentencia SL1421 de 2019, Radicación No. 56174, M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, se estableció que una de las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen era la devolución de las cuotas de administración a cargo de la AFP, señalando que: *“Devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde (sic) se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo: Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...] “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.”,* postura que fue reiterada en la sentencia SL 2611 del 1° de julio de 2020,

siendo ponente el Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que se reafirma que: *“Conforme a lo discurredo, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, lo cual trae como consecuencia, que la accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que Colfondos S.A. deberá devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, aspecto sobre el cual ya la Sala se ha pronunciado en oportunidades anteriores, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989...”*

2.7.2. Atendiendo la jurisprudencia en cita, la Sala ha de concluir que, al estudiarse en su integridad el asunto objeto de alzada y consulta, es posible reiterar que la ineficacia de traslado declarada en la primera instancia no sólo acarrea, a cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones Porvenir S.A., como actual administradora del fondo individual de la actora, la devolución de las cuotas de administración, sino de todas y cada una de las sumas que se hubiere utilizado, sumas que deben devolverse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo, tal como lo determinó el *a quo* en la parte resolutive de la sentencia de primer grado, orden que no deriva un detrimento patrimonial o económico de la entidad, pues lo único que debe hacer Colpensiones es aceptar el traslado y recibir los recursos provenientes del régimen de ahorro individual, sin que ello implique una violación o ataque a la sostenibilidad financiera y/o un agravio alguno, ya que las afirmaciones que realiza el fondo público, carecen de respaldo probatorio en el plenario, esgrimiéndolas en un escenario hipotético, de carácter incierto.

2.8. La condena en costas en la primera instancia:

2.8.1. Ahora bien, en cuanto a la alzada referente a la condena en costas impuesta a Colpensiones S.A. por parte de la primera instancia, bajo el argumento de que su prohijada es un tercero dentro del presente asunto y los actos jurídicos elevados y encaminados a la ineficacia del traslado de régimen, deben tener únicamente efectos interpartes, aduciendo además buena fe e independientemente de la decisión adoptada por el juez de instancia, no puede ser perjudicada ni favorecida por esta decisión; al respecto, debe señalarse por parte de esta Sala que la demandada Colpensiones S.A., fue vencida en trámite del proceso ordinario laboral de primera instancia, por lo cual es procedente la condenada impuesta conforme lo estipulado en el numeral 1° del artículo 356 del Código General del Proceso “1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...*”. Se confirmará la decisión, pues como ya se dijo al haber resultado Colpensiones S.A. vencida en juicio, le corresponde en derecho, cubrir dichas las costas en favor del extremo demandante.

2.9. Costas en esta instancia:

2. Para condenar en costas se debe examinar por el juez, si ellas se han causado, puesto que la regla 8ª del artículo 365 del Código General del Proceso solo permite su imposición “*cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”.

157593105001202100039 02

Pues bien, el trámite de esta segunda instancia, se desarrolló sin controversia, por cuanto ninguna de las partes hizo uso del traslado para alegar en esta instancia.

3. Por lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

3.1. Declarar que la sentencia consultada y apelada proferida el 17 de noviembre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sogamoso, se expidió en legal forma, por lo que se confirmará en todas sus partes.

3.2. Sin costas en esta instancia.

Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase,



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado Ponente

157593105001202100039 02



GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado

4926-220319