



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARÍA BRÍGIDA BERMUDEZ RAMIREZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Radicación No. 11001-31-05-015-**2021-00504-01.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinticinco (2025), se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia del 02 de abril de 2024 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previo deliberación de los Magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, hora señalada en auto anterior; se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

La demandante, María Brígida Bermúdez Ramírez, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, con el fin de que se le reconozca y pague la sustitución pensional y/o pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente supérstite del señor Gabriel Alfonso (Q.E.P.D), identificado con cédula de ciudadanía No. 4.326.275 de Manizales, quien disfrutaba de dicha prestación hasta su fallecimiento el 4 de febrero de 2014. En consecuencia, solicita que la demandada, a través de la Jefatura de Prestaciones Económicas del Departamento de Caldas, expida la resolución de reconocimiento de la prestación reclamada y garantice su pago de manera vitalicia a la demandante.

Asimismo, requiere que se ordene la liquidación y pago de las mesadas pensionales y primas, con sus respectivos reajustes e indexación, desde la fecha del fallecimiento del causante hasta su efectiva inclusión en nómina. Igualmente, solicita la condena de la pasiva al pago de los intereses moratorios, conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como al pago de

las condenas ultra y extra petita que resulten procedentes, además de las costas procesales y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, sostiene que entre la señora María Brígida Bermúdez Ramírez y el señor Gabriel Alfonso (Q.E.P.D) existió una unión marital de hecho, declarada judicialmente mediante sentencia oral No. 103, con radicado No. 17001311000220150003700, proferida el 27 de junio de 2016 por el Juzgado Segundo de Familia de Oralidad del Circuito de Manizales. Afirma que dicha convivencia se mantuvo hasta el fallecimiento del señor Gabriel Alfonso (Q.E.P.D), ocurrido en la ciudad de Manizales el 4 de febrero de 2014.

No obstante, la pensión de sobrevivientes fue denegada a la demandante mediante la Resolución No. 2014-8076114 del 19 de febrero de 2015, emitida por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), bajo el argumento de que no se acreditó la convivencia continua durante los últimos cinco años previos al fallecimiento del causante. Esto, a pesar de que está probado que la pareja compartió vida en común durante los últimos seis años de vida del señor Gabriel Alfonso (Q.E.P.D), manteniendo un apoyo económico y moral mutuo.

Actuación procesal

La demanda fue admitida mediante auto del 26 de noviembre de 2021, en el mismo proveído el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá avocó conocimiento del presente proceso, el cual fue remitido por competencia desde los Juzgados Laborales del Circuito de Manizales (Caldas), ordenando la notificación de la demandada, Colpensiones.

Una vez cumplida dicha notificación, Colpensiones contestó la demanda en los términos del archivo 07 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 02 de abril de 2024, resolvió lo siguiente:

PRIMERO ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por la señora MARIA BRIGIDA BERMUDEZ RAMIREZ, en estos términos declarar demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO CONDENAR EN COSTAS a la parte actora la señora MARIA BRIGIDA BERMUDEZ RAMIREZ para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (1) un salario mínimo legal vigente para el año 2024 a favor de la demandada COLPENSIONES.

TERCERO Si la presente providencia fuere impugnada dado el resultado desfavorable para la parte actora, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta dada la naturaleza jurídica de Colpensiones.

En el presente caso, el juez decidió negar las pretensiones de la demanda, al considerar que la demandante no acreditó el requisito de convivencia exigido por la normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. El despacho de primera instancia valoró de manera integral el acervo probatorio, determinando que no existió una convivencia efectiva e ininterrumpida entre la demandante y el causante, Gabriel Alfonso (Q.E.P.D), durante los cinco años previos al fallecimiento de este último, ocurrido el 4 de febrero de 2014.

Lo anterior en la medida en que si bien en el proceso se allegó una sentencia proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Manizales, mediante la cual se declaró la existencia de una unión marital de hecho entre la demandante y el causante, dicha decisión no resulta vinculante en el ámbito del derecho laboral, conforme a la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, el reconocimiento de una unión marital de hecho en sede de familia no obliga al juez laboral en materia pensional, en la medida en que los requisitos para la configuración del derecho pensional responden a criterios normativos distintos.

Asimismo, el a quo analizó el interrogatorio de parte rendido por la demandante, evidenciando serias contradicciones en su versión sobre la convivencia con el causante. En particular, se constató que en un proceso anterior, tramitado ante el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá en el año 2007, la demandante manifestó bajo juramento que para ese momento convivía con su esposo, José Salgado Giraldo, y dependía económicamente de él. Tal afirmación fue corroborada en su momento por testigos y derivó en el reconocimiento de un incremento pensional por persona a cargo a su favor, lo que desvirtúa la versión presentada en este proceso.

Adicionalmente, los testimonios aportados por la parte demandante no resultan determinantes para acreditar la convivencia efectiva con el causante, en tanto las declarantes son hijas del apoderado de la demandante, circunstancia que compromete la imparcialidad y objetividad de sus declaraciones.

Por lo anterior, el juez concluyó que la demandante no logró comprobar la convivencia con el causante durante los cinco años previos a su fallecimiento, requisito indispensable para la procedencia de la pensión de sobrevivientes conforme al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. En consecuencia, se decidió absolver a Colpensiones.

Recursos de Apelación

El apoderado de la actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando su desacuerdo con la decisión adoptada por el juzgado. En su argumentación, reiteró que se encontraba probada la existencia de una convivencia estable y prolongada entre la señora María Brígida Ramírez y el causante, Gabriel Alfonso (Q.E.P.D.), la cual se extendió por más de seis años y fue reconocida por su entorno social.

De igual forma, el apelante sostuvo que debía valorarse lo relacionado con la decisión proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Manizales, por tratarse de una sentencia emanada de una autoridad judicial, la cual, a su juicio, tiene efectos vinculantes en el presente asunto.

El recurrente enfatizó que, si bien el causante había estado previamente casado con el señor José Salgado, dicho vínculo se encontraba interrumpido en la práctica, lo que permitía acreditar la existencia de una sociedad marital de hecho entre la actora y el fallecido. Afirmó que la convivencia entre ambos se caracterizó por el auxilio mutuo, especialmente en lo relacionado con las necesidades de salud del causante, lo cual se evidenció en el acompañamiento constante de la señora María Brígida hasta el momento de su fallecimiento.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 11 de junio de 2024 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, los problemas jurídicos a resolver son: i) establecer si la demandante tiene derecho a la sustitución pensional reclamada, y ii) en caso afirmativo, determinar si procede el reconocimiento y pago del retroactivo, junto con su respectiva indexación.

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados este tribunal encuentra que está probado dentro del expediente que la señora Gabriel Alfonso (Q.E.P.D) le fue reconocida pensión de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales mediante la resolución No.002193 del 2001 obrante en el expediente administrativo remitido por la demandada Colpensiones. También se encuentra acreditado que dicho pensionado falleció el 04 de febrero de 2014 conforme el registro civil de defunción.

Para abordar el estudio del primer problema jurídico, debe señalarse que no existe duda de que la disposición aplicable al caso concreto es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues como lo ha reiterado la jurisprudencia laboral, es la fecha del fallecimiento de la causante la que determina la norma aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, hecho que en el presente caso acaeció el 04 de febrero de 2014.

Dicha norma contempla que la pensión se otorgará en forma vitalicia tanto a la cónyuge como a la compañera permanente mayor de 30 años, siempre y cuando acrediten una convivencia con el pensionado no inferior a 5 años, tiempo que es “*transversal y condicionante*” del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes (Sentencia SL4925-2015 reiterada en SL1399-2018), siendo requisito en la hipótesis de la muerte del pensionado (Sentencias SL32393-2008, SL793-2013, SL1402-2015, SL1399-2018 y SL1730-2020); de lo que se colige que la convivencia es el elemento central y estructurador del derecho en casos como el presente en que ha fallecido el pensionado.

En tratándose de **compañeros permanentes**, la jurisprudencia laboral ha señalado pacíficamente que la convivencia debe acreditarse dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante, por cuanto la cesación de la comunidad de vida de una unión marital de hecho tiene un efecto conclusivo tanto de esa unión como de sus obligaciones y deberes personales, por lo que el compañero deja de pertenecer al grupo familiar (Sentencia SL680-2013, reiterada en SL1067-2014 y SL1399-2018).

También ha dicho la citada Sala Laboral que: “(...) *como lo ha dicho la Corte en repetidas oportunidades, la condición de beneficiario o beneficiaria de la pensión de sobrevivientes depende es de la acreditación de una convivencia real y efectiva, que se estructura sobre vínculos de solidaridad y apoyo mutuo entre la pareja, con vocación de permanencia y ánimo de conformación de una familia...*” (sentencia SL3848-2020).

De igual forma, este tribunal considera pertinente indicar que, en el marco de los juicios laborales, el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social otorga a los jueces la facultad de formar libremente su convencimiento, basándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba, así como en las circunstancias relevantes del proceso y la conducta procesal de las partes (Sentencias SL4035-2021 y SL4096-2021, reiterando lo señalado en la SL15058-2017).

No obstante, aunque el artículo 60 del mismo código impone la obligación de valorar todas las pruebas debidamente aportadas, los jueces pueden otorgar mayor peso a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal, salvo en los casos en que la ley exija una solemnidad ad substantiam actus, en cuyo evento no podrá admitirse su prueba por otro medio (Sentencia SL4514-2017).

Así las cosas, se procede a analizar el material probatorio obrante en el presente proceso, encontrando que en el archivo 27 del expediente digital aparece copia del expediente del proceso llevado ante el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, bajo el radicado 2007-1126. Al observar los hechos que dieron lugar a dicho proceso, se encuentra lo siguiente:

“PRIMERO: A el (la) señor(a) MARÍA BRÍGIDA BERMÚDEZ RAMÍREZ, identificado(a) como se indicó anteriormente, le fue reconocida Pensión de Vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales mediante resolución 001144 de 2005, otorgada el 1 de marzo de 2005.

SEGUNDO: Según se desprende de la resolución de reconocimiento de pensión, al(la) señor(a) MARÍA BRÍGIDA BERMÚDEZ RAMÍREZ le fue aplicado el Acuerdo 049 de 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguridad Social (Decreto 758 de 1990), por estar cobijado por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.

TERCERO: No obstante habersele reconocido la mencionada pensión a mi mandante, el Instituto de Seguros Sociales no le ha reconocido ni pagado el incremento del 14% por esposa o compañero(a) a que se refiere el Acuerdo 049 de 1990 ya mencionado.

CUARTO: Mi mandante es cónyuge del señor JOSÉ SALGADO GIRALDO.

QUINTO: Mi mandante convive con el señor JOSÉ SALGADO GIRALDO, quien depende económicamente de ella.

SEXTO: El señor JOSÉ SALGADO GIRALDO no recibe pensión.

SÉPTIMO: La entidad de salud reconoce como beneficiario en salud de mi mandante al señor JOSÉ SALGADO GIRALDO, identificado con C.C. No. 2.300.777.

OCTAVO: Mi mandante nació el 28 de agosto de 1947 y, por tanto, al 1 de abril de 1994 cumplió con el requisito de edad establecido en el régimen de transición definido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

NOVENO: Mediante escrito presentado el 30 de octubre de 2007, a través del suscrito apoderado, mi poderdante presentó reclamación administrativa ante el Instituto de Seguros Sociales por incremento pensional por su cónyuge.

DÉCIMO: A la fecha, y transcurrido más de un mes, el Instituto de Seguros Sociales no ha dado respuesta a la reclamación administrativa presentada por el incremento pensional.” (Negrilla fuera del texto original)

De igual forma, en los folios 68 al 71 obra copia de la práctica de unos despachos comisorios realizados por el Juzgado 3.º de Manizales, en los cuales se recogen declaraciones rendidas por los testigos en la diligencia del 18 de mayo de 2009, sobre la convivencia entre la actora y José Salgado Giraldo.

Así las cosas, en el testimonio rendido por el señor Adrián Salazar Castillo, el declarante manifestó conocer a la demandante y al señor Salgado Giraldo desde hace aproximadamente quince años, indicando que este último es el esposo de la señora María Brígida Bermúdez

Ramírez. Además, precisó que la pareja conforma un hogar junto con su hija Angélica y su nieto, lo que refuerza la afirmación de su convivencia y vínculo familiar.

Asimismo, el testimonio permitió establecer que la señora María Brígida Bermúdez Ramírez asume la carga económica del hogar, pues el señor José Salgado Giraldo no desempeña ninguna actividad productiva debido a su avanzada edad y problemas de salud. Del mismo modo, el testigo afirmó que la demandante es la encargada de la manutención del hogar y que ha observado cómo realiza las compras junto con su hija, lo que evidencia su rol de sostenimiento familiar.

En dicha diligencia también se recibió el testimonio de María Rubiela Ospina de Quintero. En su declaración, la testigo manifestó conocer a la demandante desde hace aproximadamente veintiséis años, afirmando que han sido vecinas y amigas durante ese tiempo. Asimismo, precisó que conoce al señor José Salgado Giraldo desde el mismo periodo y bajo las mismas circunstancias, señalando de manera expresa que él es el esposo de la señora María Brígida Bermúdez Ramírez.

Finalmente, esta Corporación considera pertinente señalar que, en relación con la sentencia proferida por la jurisdicción de familia, mediante la cual se declaró la existencia de una sociedad conyugal con el causante de la pensión, no fue allegado el expediente completo ni el material probatorio que sustentó dicha declaración, sino únicamente su parte resolutive.

Por lo tanto, no es posible establecer las circunstancias específicas que motivaron tal declaración, especialmente en relación con la convivencia efectiva entre la actora y el causante. Además, tal como se indicó en la sentencia de primera instancia, existen contradicciones evidentes entre lo manifestado por la demandante en el presente proceso laboral y lo expresado en el proceso adelantado ante el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá.

Sobre tal circunstancia, encuentra este Tribunal que, conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, y por aplicación analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde al actor la carga de la prueba respecto de los hechos en los que funda sus pretensiones. En este sentido, corresponde a la misma actora la obligación de demostrar las circunstancias que rodearon la declaración de la sociedad conyugal, era su deber acreditar los elementos objetivos requeridos por la normativa aplicable para que dicha figura surtiera efectos jurídicos.

De igual forma, este Tribunal encuentra que, en virtud de lo señalado en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez de primera instancia valoró de manera integral el acervo probatorio, incluyendo las declaraciones rendidas por la propia actora dentro del proceso laboral adelantado ante el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá.

En dichas manifestaciones se confirma la afirmación del fallador de primera instancia, en el sentido de que la actora no logró acreditar la totalidad del tiempo exigido para acceder a la sustitución pensional, circunstancia que fue debidamente ponderada al momento de adoptar la decisión, conforme a las reglas de la sana crítica, la conducta procesal de las partes y los hechos relevantes del proceso.

Adicionalmente, esta Corporación valoró las pruebas testimoniales aportadas al proceso, concluyendo que no tienen la fuerza suficiente para generar convicción en esta Sala. Lo anterior, en razón a que las declarantes resultaron ser hijas del apoderado de la demandante, situación que introduce un evidente conflicto de interés, toda vez que su padre podría obtener un beneficio económico en caso de obtener un fallo favorable. En consecuencia, se otorga un valor limitado a dichas manifestaciones, conforme a los principios de imparcialidad y objetividad que rigen la apreciación de la prueba testimonial.

En virtud del análisis probatorio realizado, esta Sala concluye que no se acreditó el requisito de convivencia ininterrumpida por al menos cinco años antes del fallecimiento del pensionado, condición exigida por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Si bien se allegaron testimonios y documentos que pretendían demostrar la convivencia entre la demandante y el causante, la valoración integral de los mismos evidencia inconsistencias y falta de contundencia en los elementos de prueba, lo que impide otorgar certeza sobre la configuración del derecho reclamado. En consecuencia, no resulta procedente la sustitución pensional solicitada.

En tal sentido, se comparte el análisis realizado por el a quo, en la medida en que del material probatorio allegado al proceso se desprende que la actora, en el proceso adelantado en el año 2007 ante el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, manifestó de manera clara y expresa que su convivencia era con el señor José Salgado Giraldo y no con el causante, Gabriel Alfonso (Q.E.P.D.). Esta circunstancia evidencia una contradicción insalvable en su pretensión, lo que lleva a concluir que no cumple con el requisito de convivencia exigido para acceder a la sustitución pensional, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia aplicable.

Por lo expuesto, y en aplicación de las normas y precedentes jurisprudenciales vigentes, esta Sala concluye que no hay lugar a modificar la decisión adoptada en primera instancia, razón por la cual se confirmará el fallo apelado. Así quedan resueltos todos los puntos expuestos en los recursos de apelación interpuestos por el apoderado, agotando el análisis de los argumentos planteados en la alzada.

COSTAS

Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

- 1: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de abril de 2024 dentro del proceso promovido por MARÍA BRÍGIDA BERMUDEZ RAMIREZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.
- 2: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

(Con Salvamento de Voto)

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: María Brígida Bermúdez Ramírez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –*Colpensiones*.

Radicado: 110013105015-2022-00504-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada:

De conformidad con los postulados constitucionales de libertad probatoria y libre formación del convencimiento preceptuados en los artículos 54 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por no encontrarse sometida su acreditación a determinado medio de prueba –***ad substantiam actus o ad probationem***–, el término mínimo de convivencia material efectiva necesario para el reconocimiento de la sustitución pensional puede demostrarse con cualquier medio suasorio lícito y legal,

encontrándose entre ellos, pronunciamiento judicial de trascendencia excepcional, por cuanto para su debido proferimiento se ha debido seguir un debido proceso, **las sentencias**, en el **sub examine** se encuentra demostrada la conducencia o idoneidad del proveído proferido por el Juzgado Segundo de Familia de Manizales, para acreditar éste presupuesto que demanda el Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones, para el reconocimiento del derecho prestacional deprecado.

Colofón de lo anterior, vista la duplicidad de pronunciamientos jurisdiccionales que tienen relación directa con el presupuesto de la convivencia mínima material efectiva, requisito indispensable para el reconocimiento de la prestación social deprecada, la Magistratura Ponente, en ejercicio del deber probatorio consagrado en los artículos 54 y 83 del CPT y SS, debió decretar oficiosamente la incorporación de los expedientes tramitados por los Juzgados Segundo de Familia del Circuito de Manizales y Décimo Séptimo Laboral de Circuito de Bogotá D.C., documentos indispensables para esclarecer los hechos y derechos cuya titularidad fue asignada a nuestro discernimiento **-artículo 48 del CPT y SS, respeto a los derechos fundamentales entre ellos la seguridad social-**.

Por último, en criterio de quien escribe, la razón de decidir propuesta por el ponente desconoce el precedente jurisprudencial decantado por nuestro superior jerárquico, toda vez que la separación de hecho de los cónyuges no extingue los deberes de auxilio, ayuda y socorro mutuo entre ellos predicados; es decir, no se puede sancionar con la denegación del derecho social por sobrevivencia, a aquel cónyuge que pese a conformar una unión marital de hecho **-comunidad de vida por la cual pretende el reconocimiento pensional-**, vela por el cuidado y manutención de su cónyuge separado hecho **-sin que conlleve convivencia simultanea-**, puesto que, el cumplimiento de éstos deberes no le excluyen del reconocimiento de

la prestación social derivada del fallecimiento de su compañero permanente, dado que, de imponerse el desconocimiento de los referidos débitos conyugales para acceder al reconocimiento de la prestación pretendida, ello conllevaría a avalar comportamientos desleales contra la moral pública, determinación vedada por los Regímenes Constitucional y legal imperantes.

Fecha ut supra,



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EDITH MARCELA ARIAS PINZÓN contra SINERGIA DE NEGOCIO CONSULTORES S. de R.L. de C.V. – SUCURSAL COLOMBIA. Radicación No. 11001-31-05-022-**2019-00113-01.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia del 9 de abril de 2024 proferida por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los Magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

La demandante Edith Marcela Arias, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la demandada antes referida para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre el 12 de abril de 2018 y el 28 de febrero de 2019; que la terminación del contrato de trabajo obedeció a una decisión unilateral y sin justa causa del empleador. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, teniendo como salario la suma de \$7.291.697; la indemnización moratoria; la reliquidación de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones teniendo en cuenta el salario antes mencionado; la reliquidación de aportes al sistema de seguridad social y parafiscales; las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones manifestó que celebró un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con la demandada por una vigencia inicial de 10 meses y 16 días, el 12 de abril de 2018, cuya vigencia inicial se extendía hasta el 28 de febrero de 2019; que

el cargo para el cual fue contratada fue el de gestor de requerimientos; y que el 29 de noviembre de 2018 el empleador dio por terminado de forma anticipada el contrato mediante la suscripción de un acta circunstanciada. Afirma que dicha terminación fue ilegal e ilícita pues no se comunicó la terminación del vínculo laboral en los términos establecidos en la ley.

Sostiene que al momento de la terminación del contrato de trabajo le fue entregada una liquidación final de prestaciones sociales en la que se registró como extremos de la relación laboral los siguientes: del 12 de abril de 2018 hasta el 2 de diciembre de 2018; que el salario percibido durante toda la relación laboral lo fue por la suma de \$7.291.697 sin embargo, la liquidación fue realizada con el salario de \$4.520.852.

Actuación procesal

Admitida la demanda con auto del 19 de julio de 2019, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá ordenó notificar a la demandada. Cumplido lo anterior, la demandada contestó la demanda a través de curador *ad litem* en los términos del archivo 10 del expediente digital; teniéndose por contestada la demanda mediante auto del 27 de marzo de 2023.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Cuarenta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 9 de abril de 2024 resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora EDITH MARCELA ARIAS PINZÓN y la sociedad SINERGIA DE NEGOCIO CONSULTORES S. DE R. L DE C.V. (Sucursal Colombia), existió una relación laboral regida por un contrato a término fijo, desde el 12 de abril de 2018 hasta el 02 de diciembre de 2018, por lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que el contrato de trabajo a término fijo inferior a un año suscrito por las partes el 12 de abril de 2018 y que debía prolongarse hasta el 28 de febrero de 2019, terminó unilateralmente y sin justa causa por parte del empleador, por las razones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada SINERGIA DE NEGOCIO CONSULTORES S. DE R. L DE C.V. (Sucursal Colombia a reconocer y pagar en favor de la demandante las sumas que por los siguientes conceptos se relacionan:

- \$1.777.958, por concepto de reliquidación de cesantías.*
- \$136.902, por concepto de reliquidación de intereses a las cesantías.*
- \$2.770.034, por concepto de reliquidación de prima legal de servicios.*
- \$888.221, por concepto de reliquidación de vacaciones.*
- \$21.388.928, por concepto de indemnización por despido sin justa causa.*
- \$175.000.728, por concepto de indemnización moratoria por los primeros 24 meses, esto es, desde el 03 de diciembre de 2018 hasta el 03*

de diciembre de 2020. Los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera desde el 04 de diciembre de 2020 y hasta que se realice el pago total de la obligación sobre las sumas adeudadas por conceptos de prima de servicio, cesantías e intereses a las cesantías.

CUARTO: ORDENESE el pago indexado de las condenas relacionadas con las vacaciones y la indemnización por despido sin justa causa.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas.

SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada y relevarse del estudio de las demás, por las razones expuestas.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP.”.

Para adoptar la anterior decisión, la juez precisó que en el presente asunto se encuentra acreditado que la demandante suscribió un contrato de trabajo a término fijo con la demandada el 12 de abril de 2018 el cual tenía como fecha de terminación el 28 de febrero de 2019; sin embargo, el mismo se dio por terminado de forma anticipada el 2 de diciembre de 2018 en virtud de la evaluación de desempeño de la trabajadora.

Frente al pago realizado por concepto de gastos de representación la a quo consideró que pese a que en el contrato de trabajo se pactó que la suma de \$2.770.845 correspondía a gastos de representación, lo cierto es que dicha suma se reconoció y pagó a la trabajadora de forma mensual y no se logró acreditar por parte de la demandada que dicha suma correspondiera efectivamente a gastos de representación. En este punto, resaltó que al trabajador le basta con acreditar el pago proveniente de empleador e indicar que el mismo correspondía a salario, para que se trasladara la carga de la prueba al empleador quien debía acreditar que dicho pago no es retributivo del servicio; sin embargo, la demandada ni siquiera se hizo presente en el proceso por lo que se debe considerar que dicho pago constituía salario.

Finalmente, con relación a la terminación del contrato de trabajo, indicó que al revisar el acta circunstanciada de fecha 29 de noviembre de 2018, se advierte que el empleador dio por terminado el contrato de trabajo invocando como justa causa el bajo rendimiento de la trabajadora; sin embargo, no se acreditó en el expediente que a la trabajadora se le hubieran realizado llamados de atención de forma previa, ni que se hubiera cumplido con el procedimiento dispuesto en el Decreto 1072 de 2015, mucho menos que el empleador hubiera dado aviso a la trabajadora sobre la terminación del contrato de trabajo por lo menos con 15 días de anticipación, motivo por el cual consideró que el despido fue injusto y era procedente condenar a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa. Para tal efecto, indicó que el tiempo faltante para que el contrato terminara

correspondía a 88 días, por lo tanto, al multiplicar dicha suma por el salario diario de \$243.056 arroja un resultado de \$21.388.928.

Aclarado lo anterior, procedió a realizar la reliquidación de las prestaciones sociales, y las vacaciones. Frente a la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST encontró que la misma era procedente como quiera que la demandada adeuda valores por prestaciones sociales y, adicionalmente, no se logró demostrar un actuar de buena fe por su parte. Condenó por este concepto a la sanción moratoria por 24 meses, y a partir del mes 25 al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la superintendencia bancaria.

Recursos de Apelación

El curador ad litem que representó a la **demandada** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por la juez de primera instancia indicando que al revisar el acta circunstancial de fecha 27 de febrero de 2019 se puede concluir que la demandada adelantó una evaluación de desempeño frente a la demandante y se logra establecer que dicha terminación del contrato de trabajo obedeció al bajo desempeño, pues la actora no cumplió con las obligaciones que se encontraban a su cargo y a raíz de esa situación se dio lugar a la terminación del contrato de trabajo. Lo anterior, permite identificar que es gracias a dicha evaluación que la compañía optó por la terminación del vínculo laboral de la demandante y en ese orden de ideas, básicamente lo que se hizo fue terminar el contrato de trabajo con justa causa por lo que no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa.

En segundo lugar, en lo relacionado con la reliquidación de las acreencias laborales de la demandante al considerarse por parte del despacho que los gastos de representación si constituyen factor salarial, solicita que se respete el acuerdo de las partes en el contrato de trabajo, específicamente en la cláusula séptima de ese documento en el que se estipuló que el empleador pagaría al trabajador por concepto de gastos de representación una suma mensual equivalente a \$2.770.845 precisando que dicho pago no constituye factor salarial en virtud de lo establecido en el artículo 128 del CST. Refiere que la anterior disposición debe leerse en conjunto con lo dispuesto en el artículo 55 ibidem que estipula que la ejecución del contrato de trabajo debe realizarse de buena fe, y es bajo este principio que las partes pactaron realizar el pago de gastos de representación y se decidió darle una connotación que no es salarial a lo estipulado. A su vez, resaltó que el artículo 128 del CST estipula de manera taxativa que los gastos de representación no constituyen factor salarial porque se trata de un concepto que no busca retribuir el servicio, sino que es un monto de dinero que se reconoce al trabajador por realizar una gestión de carácter determinada en representación de la compañía contratante.

Con lo anterior, de respetarse el acuerdo de voluntades, no hay lugar a que se reliquiden las prestaciones sociales y, que por supuesto, se reconozca que los gastos de representación fueron pactados a la luz del artículo 128 del CST. Solicita igualmente que se tenga en cuenta que el salario realmente pactado entre las partes fue el de \$4.520.852 frente al cual no existe ningún tipo de reparo porque las prestaciones sociales se liquidaron con ese valor. En lo concerniente a la sanción moratoria a partir del 3 de diciembre de 2018 y hasta el 3 de diciembre de 2020 y a partir del 4 de diciembre del año 2020 los intereses moratorios a la tasa máxima de intereses moratorios certificado por la superintendencia financiera, se opone a dicha condena indicando que la compañía actuó de buena fe con independencia que no haya hecho parte del proceso, y eso encuentra respaldo en el hecho de que las prestaciones sociales se pagaron con base en el salario pactado por las partes.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 11 de junio de 2024 se admitió el recurso de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Con base en esta disposición normativa, es que se ha entendido que la competencia del *ad quem* se encuentra limitada a los puntos materia de inconformidad debidamente sustentados en la apelación interpuesta. Cabe resaltar que reiterada y pacíficamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha insistido en que quien apela tiene la obligación de sustentar de manera clara y suficiente el recurso; y es por ello que el *ad quem* no puede asumir, de manera oficiosa, el estudio de materias no propuestas (CSJ SL2627-2021 y SL2245-2023).

En esa medida, la Sala no hará pronunciamiento alguno frente a los asuntos que no fueron expresamente planteados por el apoderado de la demandada en su recurso una vez se notificó la sentencia de primera instancia, siendo esta la única oportunidad señalada en la ley laboral para que se realizaran las manifestaciones correspondientes a los puntos objeto de inconformidad.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos a resolver consisten en: i) dilucidar si el pago efectuado por el empleador bajo la denominación de “gastos de representación” es constitutivo de salario como lo entendió la a quo, en caso contrario si se debe mantener la condena a la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones o si se debe absolver a la demandada de dichos rubros; ii) establecer si es procedente la condena a la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del CST y; iii) analizar si hay lugar a condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST.

Sea lo primero decir que en el presente asunto no se discute por no haber sido objeto de inconformidad en el recurso presentado y por encontrarse plenamente acreditado en el expediente que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 12 de abril de 2018 hasta el 2 de diciembre de 2018; que la trabajadora desempeñó el cargo de Gestor de Requerimientos y que el salario pactado en el contrato de trabajo lo fue de \$4.520.852.

Para abordar el estudio del primer problema jurídico, se debe mencionar que el análisis de este punto, debe realizarse, necesariamente a partir de lo establecido en el artículo 43 del CST que indica que *“en los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto”*.

Para tal efecto, la Sala debe abordar necesariamente el estudio de la pretensión a partir de lo dispuesto en el artículo 127 del CST en virtud del cual constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino *“todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte”* de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

No importa, entonces, la figura jurídica o nominal utilizada en el contrato o en cualquier otro documento, ya que si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (artículo 53 CP), carácter salarial, a menos que: i) se trate de prestaciones sociales; ii) de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; iii) se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no

poseen un propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; y v) *“los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”* (artículo 128 CST).

Sobre el último punto que establece el artículo 128 ibidem la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que *“es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo”* (SL 5159 de 2018) (Subraya la Sala).

Así las cosas, conforme la providencia citada, por regla general todo lo que recibe un trabajador por el desempeño de su actividad es salario, a menos que sea para el cabal desempeño de sus funciones, se trate de prestaciones sociales, de pagos ocasionales y por mera liberalidad del empleador, los que se realizan por disposición legal, y los que se pacten expresamente por las partes que no son salario. Sin embargo, para que dicho pacto o cláusula de exclusión salarial, sea tomado como tal, debe ser expreso, claro, preciso y detallado de los rubros o conceptos cobijados en él, ya que, de no ser así, pueden tener connotación salarial.

En los anteriores términos, al revisar el expediente se tiene que, en el contrato de trabajo, específicamente en la cláusula séptima del contrato de trabajo se pacto lo siguiente: *“GASTOS DE REPRESENTACIÓN: EL EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por concepto de GASTOS DE GESTIÓN Y REPRESENTACIÓN, independientemente al salario una suma fija mensual equivalente a dos millones setecientos setenta mil ochocientos cuarenta y cinco pesos (\$2.770.845) valor que se pagará mes vencido”*. En el mismo documento contractual las partes pactaron como salario la suma de \$4.520.852. De manera que el punto que se debe establecer aquí corresponde a determinar si los gastos de representación constituyen o no factor salarial.

Para determinar la anterior circunstancia, basta con remitirnos a lo dispuesto en el artículo 128 del CST antes mencionado, en el cual expresamente se indicó que aquellas sumas que recibe el trabajador, no para su beneficio sino para desempeñar a cabalidad sus

funciones, entre otros conceptos, no constituyen salario. En este sentido, si las partes pactaron que dicho rubro no tendría naturaleza salarial, debe otorgarse plena validez a dicho acuerdo, en tanto se ajusta a la normatividad vigente y a la autonomía de la voluntad dentro de los límites legales.

Adicionalmente, no es viable que el dicho de la demandante sea el único sustento para determinar si los gastos de representación tenían o no carácter salarial, pues en materia probatoria rige el principio según el cual las partes no pueden fabricar sus propias pruebas. En este caso, la única manifestación en tal sentido proviene de la parte interesada en obtener un reconocimiento económico adicional, lo que impide otorgarle plena credibilidad sin la existencia de otros medios probatorios que la respalden.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la prueba de confesión únicamente surte efectos cuando la declaración realizada es desfavorable a quien la emite, lo que no ocurre en el presente asunto, dado que la afirmación de la demandante busca beneficiarla en el proceso. Por ende, no es dable acoger su dicho como un medio de prueba suficiente para desvirtuar la naturaleza no salarial de los gastos de representación, máxime cuando no se allegaron otros elementos de juicio que permitieran demostrar lo contrario. En ese sentido, la Sala comparte el análisis realizado por el curador ad litem que representa a la demandada en cuanto se debió entender que los gastos de representación no constituyen salario, conclusión que conlleva a modificar la decisión de primera instancia en este aspecto.

Como quiera que los gastos de representación no constituyen salario y fue dicho argumento en el que la juez respaldó la condena a reliquidar las prestaciones sociales y las vacaciones de la demandante, se revocará la misma en esta instancia; circunstancia que conlleva a que se tenga como factor salarial la suma pactada inicialmente en el contrato de trabajo, esto es \$4.520.852.

Para abordar el segundo problema jurídico, relacionado con la indemnización por despido sin justa causa, la Sala encuentra que, en el presente caso, el apoderado de la demandada no cuestiona los hechos que motivaron al empleador a dar por terminado el contrato de trabajo de la demandante; esto es el presunto bajo rendimiento de la trabajadora en el cumplimiento de las funciones. En efecto, en la apelación, el apoderado de la demandada insiste en que la terminación del vínculo laboral se basó en el bajo rendimiento de la trabajadora, de conformidad con lo establecido en el numeral 9 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo tanto, al haberse configurado una justa causa, no hay lugar al pago de la indemnización contemplada en el artículo 64 del CST. Asimismo, dicha argumentación fue acogida por la juez de primera instancia, quien también consideró que

el bajo rendimiento había sido la causa esgrimida por el empleador para dar por finalizado el contrato de trabajo; sin embargo la a quo no la encontró acreditada.

La conclusión adoptada por la juez encuentra sustento en el documento titulado “Acta Circunstanciada” de fecha 29 de noviembre de 2018, mediante el cual el empleador comunicó a la trabajadora su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, aduciendo como causal el bajo rendimiento. En dicho documento se indicó que la disminución en el desempeño ya había sido advertida verbalmente a la trabajadora en múltiples ocasiones, sin que se evidenciara mejoría alguna. No obstante lo anterior, dicha afirmación carece de un respaldo probatorio sólido dentro del expediente, pues si bien se aportó un formato de evaluación de competencias en el que se asignó un puntaje de 115 a la trabajadora, no obra en el proceso prueba que acredite el criterio utilizado por el empleador para establecer dicha calificación, ni se especifica el puntaje máximo o los parámetros de medición aplicados, lo que impide determinar con certeza cuál era el nivel de rendimiento de la trabajadora y si efectivamente este resultaba insuficiente.

En ese sentido, la ausencia de elementos objetivos que permitan corroborar la supuesta deficiencia en el desempeño de la demandante impide otorgar plena validez a la justificación esgrimida por la parte demandada para la terminación del contrato. No puede olvidarse que la carga probatoria sobre la existencia de una justa causa recae en el empleador, conforme a lo previsto en el artículo 167 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del CPT y de la SS y en este caso, no se ha allegado prueba suficiente que demuestre de manera fehaciente el incumplimiento de la trabajadora o que evidencie el procedimiento previo seguido para determinar la alegada disminución en su rendimiento.

Aunado a lo anterior, el recurrente pasa por alto un aspecto esencial del fallo de primera instancia: la decisión de calificar la terminación del contrato como injusta no obedeció exclusivamente a una discusión sobre la existencia o no de la causal de bajo rendimiento, sino también a la falta de cumplimiento del procedimiento especial dispuesto en el Decreto 1075 de 2015 para la terminación del vínculo laboral por dicha causal. Dicho decreto, en su normativa aplicable, establece requisitos específicos que deben observarse cuando un empleador decide finalizar un contrato de trabajo bajo el argumento de bajo desempeño, los cuales buscan garantizar el derecho al debido proceso y la oportunidad del trabajador para conocer y controvertir las razones que motivan la decisión del empleador. De manera que, aunque se hubiera acreditado el bajo rendimiento por parte de la trabajadora, la inobservancia del procedimiento establecido en la norma antes mencionada se traduce en un despido sin causa justificada.

En este punto, cabe resaltar que los numerales 9 y 10 del artículo 62 del CST, contemplan como justas causas de terminación del vínculo laboral las siguientes:

“9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador.

10. La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.”

Con relación al numeral 9 del artículo 62 del CST debe considerarse que, para que dicha causal se configure de forma válida, el empleador debe cumplir con el procedimiento contemplado en el artículo 2.2.1.1.3. del decreto 1072 de 2015 el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 2.2.1.1.3. Procedimiento terminación unilateral por rendimiento deficiente. Para dar aplicación al numeral 9) del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, el empleador deberá ceñirse al siguiente procedimiento:

- 1. Requerirá al trabajador dos (2) veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días.*
- 2. Si hechos los anteriores requerimientos el empleador considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a éste un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efecto de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes; y*
- 3. Si el empleador no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes”.*

Teniendo en cuenta lo anterior, al revisar el expediente, la Sala no advierte que el empleador hubiera procedido en tal sentido para dar por terminado el contrato de trabajo de la hoy demandante. En este sentido, si bien la demandada alegó la existencia de una justa causa, ello por sí solo no exime del cumplimiento del procedimiento previsto en la normativa vigente. La falta de observancia de dicho trámite conlleva a que la terminación del contrato de trabajo se torne improcedente desde el punto de vista legal, dado que el incumplimiento de requisitos esenciales para su configuración impide que la causal invocada sea valorada como justa en términos jurídicos. En consecuencia, la calificación de la terminación como injusta por parte de la juez de primera instancia resulta acorde con la normativa aplicable y con el análisis del caso concreto, razón por la cual no puede prosperar la argumentación de la parte demandada en su recurso de apelación.

A pesar de lo anterior, considerando que en esta instancia se modificó la decisión de primera instancia relacionada con el carácter salarial de los gastos de representación, se deberá modificar el monto de la indemnización por despido sin justa causa, como quiera

que la misma fue liquidada por la a quo con base en un salario diferente al devengado por la trabajadora. En ese sentido, si el salario de la trabajadora fue de \$4.520.852, y el número de días faltantes para que el contrato a término fijo finalizara es de 88 conforme lo definió la a quo, se tiene que la indemnización asciende a la suma de \$13.261.165 y en ese sentido se modificará la sentencia de primera instancia.

Finalmente, con relación al tercer problema jurídico, esto es la indemnización moratoria por falta de pago de salarios y prestaciones sociales, la Sala no tiene otra salida más que la de revocar esta condena, como quiera que al no proceder la reliquidación de prestaciones sociales y, por ende, no haberse acreditado que el empleador adeuda suma alguna por concepto de salarios y prestaciones sociales, la indemnización contemplada en el artículo 65 del CST no resulta procedente, ya que la misma únicamente se debe estudiar frente al incumplimiento del pago de salarios y prestaciones sociales. En el presente asunto únicamente se mantiene la condena a la indemnización por despido sin justa causa, condena que no corresponde a salario ni a prestaciones sociales.

Así queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada.

COSTAS

Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia como quiera que el recurso prosperó parcialmente.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de abril de 2024 dentro del proceso promovido por EDITH MARCELA ARIAS PINZÓN contra SINERGIA DE NEGOCIO CONSULTORES S. de R.L. de C.V. –SUCURSAL COLOMBIA en cuanto la condenó a la reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y al pago de la indemnización moratoria; para en su lugar absolver a la demandada de estas condenas, manteniendo únicamente la condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa modificando el valor en la suma de \$13.261.165 conforme a lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de abril de 2024 dentro del proceso promovido por EDITH MARCELA ARIAS PINZÓN contra SINERGIA DE NEGOCIO CONSULTORES S. de R.L. de C.V. –SUCURSAL COLOMBIA en cuanto ordenó la indexación de las vacaciones, y en su lugar absolver a la demandada de este concepto manteniendo únicamente la indexación de la indemnización por despido sin justa causa conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia como quiera que el recurso prosperó parcialmente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Magistrado



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SANDRA ROCÍO RAMIREZ SALGADO contra ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-004-**2023-00123-01.**

AUTO

Previo al estudio de los recursos de apelación, así como del grado jurisdiccional de consulta, la Sala advierte que mediante memorial del 30 de septiembre de 2024 la apoderada de Skandia S.A. presenta solicitud de terminación del proceso en atención a la promulgación de la Ley 2381 de 2024 *“Por medio de la cual se establece el Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, Invalidez y Muerte de origen común, y se dictan otras disposiciones”*. Pese a lo anterior, debe señalarse que la terminación del proceso únicamente procede por solicitud de la parte demandante, quien es la legitimada para disponer del derecho en litigio o, mediante la sentencia ejecutoriada que pone fin al mismo; sin que ninguna de estos eventos se haya presentado en el asunto bajo estudio. Por este motivo, se negará la solicitud de terminación del proceso presentada por la apoderada de Skandia S.A.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Porvenir S.A. y el apoderado de Skandia S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 15 de abril de 2024 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

La demandante Sandra Rocío Ramirez Salgado, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la nulidad e ineficacia de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Skandia S.A. a la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier otra suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos. De igual manera, solicita que se condene a Colpensiones a aceptar la afiliación y el retorno de las cotizaciones.

Por último, que se condene al pago de costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones indica que al momento de iniciar su vida laboral estuvo afiliada como cotizante dependiente a Colpensiones, y con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, Porvenir S.A. realizó el traslado del RPM al RAIS de forma deliberada y sin contar con el libre consentimiento de la actora.

Que el 03 de enero de 2012 se trasladó a Skandia S.A. de forma similar a su traslado inicial, con Porvenir S.A.

Que solicitó ante Skandia S.A. y Porvenir S.A. dejar sin efectos la afiliación, Skandia S.A. rechazó la solicitud y Porvenir S.A. no dio respuesta. Así mismo, solicitó ante Colpensiones afiliarse al RPM por considerar ineficaz la afiliación al RAIS. Colpensiones no emitió respuesta.

Actuación procesal

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 27 de septiembre de 2023, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Colpensiones, Skandia S.A. y Porvenir S.A, contestaron la demanda en los términos del archivo 15, 16 y 22 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 15 de abril de 2024 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de SANDRA ROCÍO RAMÍREZ SALGADO a la AFP PORVENIR, suscrita en enero del 2000. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado 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 SKANDIA a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a AFP PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora. La anterior orden deberá ser cumplida dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Esto orden deberá cumplirse en el término de los 15 días siguientes al señalado en los numerales anteriores.

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

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas AFP PORVENIR y SKANDIA Fíjense como agencias en derecho la suma de \$ 1 SMLMV, a cargo de cada una de ellas.

SEPTIMO: DECLARAR PROBADA la excepción de mérito propuestas por Mapfre denominada Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados.

OCTAVO: CONDENAR en costas a SKANDIA S.A. a favor de MAPFRE. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1 SMLMV.

NOVENO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.”

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que conforme al artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993 la selección de cualquier régimen es libre por parte del afiliado, por esta razón quien desconozca este derecho será acreedor de la sanción de que trata el inciso primero del artículo 271 de la referida ley.

En dicho caso y como consecuencia de tal suceso, la afiliación quedará sin efectos y el trabajador podrá realizar nuevamente el traslado. Desde la creación de las AFP existe el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de cada uno de los dos regímenes pensionales, como se establece en la sentencia SL2611 de 2020 y SL4806 de 2020.

El deber de información ha cobrado mayor exigencia con el paso de los años, dividiéndose entonces este deber en 3 periodos, de 1993 a 2009, de 2009 a 2014 y de 2014 en adelante. Así, para la fecha en que la actora se trasladó al RAIS, en 1994, se encontraba en el primer periodo en donde debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir libre y voluntariamente la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

Por otra parte, el cumplimiento del deber de información no se agota con la firma del formulario de afiliación, en el caso concreto, en el interrogatorio de parte la demandante ratificó que no recibió información suficiente y oportuna, negación indefinida que está exenta de prueba.

Con respecto a la excepción de prescripción, el juez considera que la acción de ineficacia de traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible por tratarse de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

La apoderada de Porvenir S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que no existe circunstancia fáctica o jurídica por medio de la cual deba declararse la ineficacia de régimen pensional, pues si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la CSJ, la misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos en donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se da en el presente asunto, pues es claro que la demandante realizó válidamente su afiliación a Porvenir S.A, traslado que se dio de manera voluntaria, sin presiones e informada, de conformidad con la normativa vigente para 2001.

Así mismo y teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, no existe ninguna razón para que se conduzca a la declaratoria de ineficacia del acto por medio del cual la demandante se trasladó pues la decisión fue consciente y espontánea, y suscribió un formulario de afiliación que cumplía con los requisitos de ley y que fue aprobada por la Superintendencia Bancaria.

Porvenir S.A. ya trasladó todos los rubros correspondientes a la cuenta de ahorros de la demandante a la AFP Skandia S.A. en 2012, no debe devolverse las sumas pagadas por concepto de primas de seguros previsionales, pues ya no están en su poder sino en la compañía aseguradora.

De igual manera solicita revocar la indexación de los valores objeto de la condena, en cuanto se dispuso a la devolución de rendimientos y se está compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda y no será necesario devolver los valores indexados.

Finalmente solicita se estudie la excepción de la prescripción a la luz de los gastos de administración, pues el titular de derecho debe exigir el cumplimiento de una obligación dentro de un término perentorio, so pena de que su obligado pueda alegar la negligencia al demorar el exceso del cobro de la acreencia y así extinguir dicha obligación. Los gastos de administración no constituyen parámetro para liquidar la mesada pensional del afiliado y en el RPM también se efectúa el cobro de dichos gastos.

La apoderada de Skandia S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que se opone al traslado de los gastos de administración y primas de seguros previsionales, señala que si en el presente caso se acogió la tesis formulada por la parte demandante, y de conformidad con la sentencia SU 107 de 2024,

la ineficacia trae como consecuencia el traslado de unos rubros, sin embargo, existe el decreto 3925 de 2008, artículo 7 que contempla de manera taxativa los emolumentos que deben trasladarse del RAIS y al RPM, sin que en este se encuentren los gastos de administración.

Considera la apoderada que lo anterior guarda relación armónica con la ley 100 de 1993 en su artículo 20, donde le ha dado destinación específica y concreta a ese porcentaje. Gran parte de lo que se traslada a Colpensiones constituye unos rendimientos, por lo que solicita la gestión de la administradora, no sea desconocida y se tenga en consideración que son rubros con los que no cuenta la AFP.

También presenta recurso de apelación frente al numeral séptimo, referente a la decisión de tomar las excepciones formuladas por la aseguradora Mapfre, ya que se generó una condena a Skandia S.A. y atendiendo a esa condena, se debe acudir a las normas del código de comercio que regulan los contratos de seguros previsionales. Al declararse la ineficacia, deja sin efecto el contrato de seguro previsional, al considerar que falta el interés asegurable que se pierde como consecuencia de la ineficacia de traslado, en esos casos el contrato no produce efecto alguno y debe la aseguradora restituir las sumas percibidas.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 11 de junio de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del

régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si se debe absolver a las demandas de la condena de devolución de gastos de administración, seguros previsionales e indexación; y iii) Si en este proceso opera el fenómeno prescriptivo.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal 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. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben 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"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan 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. A lo sumo, estas expresiones acreditan

un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a Porvenir S.A., del 31 de enero de 2001, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida 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”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante en la audiencia celebrada el 15 de abril de 2024, visible en el archivo 29 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que le manifestaron que podría pensionarse con menos semanas de cotización y una pensión mayor. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte de la demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las

posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Porvenir S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 31 de enero de 2001, como lo determinó el *a quo*.

Prescripción

De conformidad con el recurso interpuesto por la AFP Porvenir S.A. con respecto a la prescripción, se debe tener presente que de acuerdo a la Constitución Política de Colombia en su artículo 48, se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. Así mismo, el artículo 3 de la ley 100 de 1993 dispone que el Estado garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Ahora bien, el artículo 13 de la normativa anteriormente mencionada establece que el sistema general de pensiones tendrá las siguientes características:

“b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. (...)”

Atendiendo a lo anterior, se advierte que con le fue vulnerado el derecho a la afiliada de elegir el régimen pensional de manera, libre, consiente y voluntaria, esta Corporación considera que no resulta procedente afectar el derecho que le asiste a la demandante por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta, además, que el objeto del proceso, tiene estrecha relación con el derecho pensional y esta cobijado por el principio de imprescriptibilidad.

La Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias se ha pronunciado sobre la prescripción en procesos de ineficacias de traslado, como lo es la sentencia SL943-2024 MP CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA que indica:

“También, recuérdese que la acción que pretende obtener la ineficacia de cambio de régimen, no se encuentra sujeta a las reglas de prescripción previstas en el artículo 488 del CST, en armonía con el 151 del CPTSS, debido a su conexidad con el derecho a la seguridad social (CSJ SL1421- 2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019), por lo que no está probada dicha excepción.”

Dicho lo anterior, en el proceso no se encuentra probada la prescripción, razón por la cual no es procedente absolver a la demandada del pago de estos emolumentos. No obstante, y considerando que el recurso de apelación no se limitó al tema de la prescripción, se continuará con el estudio de los temas objeto de alzada, incluida, la devolución de gastos de administración con relación a lo indicado por la apoderada de Porvenir S.A. en la sustentación del recurso interpuesto.

Gastos de administración

Ahora bien, como lo indicó el *a quo*, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, que en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada. La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, expuso lo siguiente:

En primer lugar, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan

las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, se adoptará esta nueva postura por parte de esta Sala, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, dado que Porvenir S.A. y Skandia S.A. apelaron lo relacionado con las primas de seguros previsionales y los gastos de administración, se revoca parcialmente el numeral **segundo** y **tercero** de la sentencia de primera instancia. Esto se hará con el propósito de exonerar a la entidad de dichos conceptos, condenando únicamente a la devolución de los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional si fue pagado, con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Prescripción

De conformidad con el recurso interpuesto por la AFP Porvenir S.A. con respecto a la excepción de prescripción propuesta, se debe tener presente que de acuerdo a la Constitución Política de Colombia en su artículo 48, se garantiza a todos los habitantes

el derecho irrenunciable a la seguridad social. Así mismo, el artículo 3 de la ley 100 de 1993 dispone que el Estado garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Ahora bien, el artículo 13 de la normativa anteriormente mencionada establece que el sistema general de pensiones tendrá las siguientes características:

“b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. (...)”

Atendiendo a lo anterior y como quiera que se demostró dentro del proceso que fue el empleador de la demandante quien indujo a la actora a firmar el formulario de afiliación sin haber existido ningún tipo de asesoría por parte de la AFP Porvenir S.A., se advierte que con esta acción le fue vulnerado el derecho a la afiliada de elegir el régimen pensional de manera, libre, consiente y voluntaria, esta Corporación considera que no resulta procedente afectar el derecho que le asiste a la demandante por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta, además, que este derecho de retornar a Colpensiones tiene estrecha relación con el derecho pensional y esta cobijado por el principio de imprescriptibilidad.

La Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias se ha pronunciado sobre la prescripción en procesos de ineficacias de traslado, como lo es la sentencia SL943-2024 MP CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA que indica:

“También, recuérdese que la acción que pretende obtener la ineficacia de cambio de régimen, no se encuentra sujeta a las reglas de prescripción previstas en el artículo 488 del CST, en armonía con el 151 del CPTSS, debido a su conexidad con el derecho a la seguridad social (CSJ SL1421- 2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019), por lo que no está probada dicha excepción.”

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL750-2023 MP GIOVANI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ establece:

“Frente a la excepción de prescripción, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible (CSJ SL688-2019). 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.”

Dicho lo anterior, en el proceso no se encuentra probada la excepción de prescripción. En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación presentado por las demandadas.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la AFP SKANDIA S.A, 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. Y en su lugar CONDENAR a la AFP SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES los aportes y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorros del demandante y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de 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. Y en su lugar CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

(Con Salvamento de Voto)

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Sandra Rocío Ramírez Salgado

Demandados: Colpensiones, Porvenir S.A., y Skandia S.A.

Radicado: 110013105004-2023-00123-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a: i) la no devolución de las cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas y ii) el indebido surtimiento del grado jurisdiccional de consulta del proveído de primer grado:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros

previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

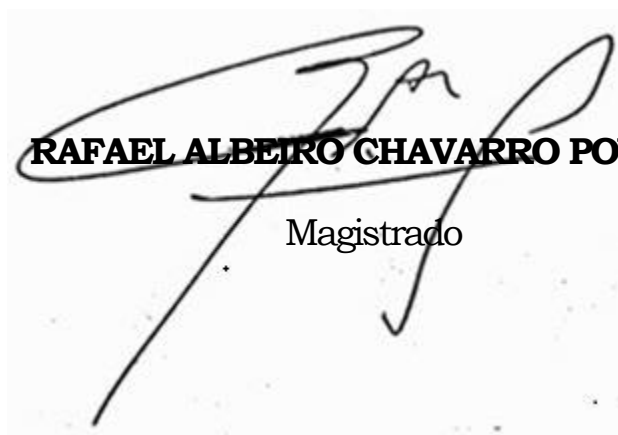
Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc* -desde siempre-, y no *ex nunc* -desde ahora-.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Por último, en lo que atañe al reproche formulado por Porvenir S.A., respecto de la devolución de los gastos de administración ordenada en primera instancia; se advierte su inadecuado análisis, habida cuenta que, la apelante solicita que dicha condena sea analizada bajo la óptica de la prescripción y no refuta su imposición, motivo por el cual se torna en

inviabile la absolución ordenada en el ordinal segundo de este proveído, dado que se estaría surtiendo el grado jurisdiccional de consulta en provecho de un sujeto procesal que no es titular del aludido amparo, determinación que por contrariar lo preceptuado en los artículos 66ª y 69 del Estatuto Adjetivo del Trabajo *-afectación al principio constitucional de consonancia o congruencia, la Colegiatura debió confirmarse ésta Condena-*, el suscrito no puede avalar, razón por la cual salvo parcialmente mi voto.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ MYRIAM LANCHEROS BONILLA contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA S.A, ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR S. A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-012-2023-00001-01.

AUTO

Previo al estudio de los recursos de apelación, así como del grado jurisdiccional de consulta, la Sala advierte que mediante memorial del 27 de septiembre de 2024 la apoderada de Skandia S.A. presenta solicitud de terminación del proceso en atención a la promulgación de la Ley 2381 de 2024 *“Por medio de la cual se establece el Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, Invalidez y Muerte de origen común, y se dictan otras disposiciones”*. Pese a lo anterior, debe señalarse que la terminación del proceso únicamente procede por solicitud de la parte demandante, quien es la legitimada para disponer del derecho en litigio o, mediante la sentencia ejecutoriada que pone fin al mismo; sin que ninguna de estos eventos se haya presentado en el asunto bajo estudio. Por este motivo, se negará la solicitud de terminación del proceso presentada por la apoderada de Skandia S.A.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Porvenir S.A., la apoderada de Skandia S.A. y la apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 22 de abril de 2024 proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

La demandante Luz Myriam Lancheros Bonilla, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la ineficacia de afiliación a Porvenir S.A. y Skandia S.A.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes que efectuó al RAIS como cotizaciones completas, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses y sin ningún descuento por cuota de administración.

Así mismo, que se condene a Colpensiones a reactivar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida.

Por último, que se condene a las demandadas al pago de costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones indica que nació el 05 de marzo de 1964 y el 10 de diciembre de 1987 se afilió al régimen de prima media con prestación definida ante el extinto ISS, cotizando desde esa fecha y hasta julio de 1995.

Que el 11 de julio de 1995 suscribió formulario de afiliación a la AFP Colpatria S.A, hoy Porvenir S.A, formato que le fue entregado por el empleador sin recibir asesoría por parte de la administradora de pensiones.

Que en 2002 suscribió formulario de afiliación a Horizonte, formato que también le fue entregado por el empleador. De igual manera, se vinculó a Skandia S.A. en 2013, bajo las mismas condiciones en que realizó las afiliaciones anteriores.

Que Skandia S.A. no le ha brindado información relacionada con las diferencias existentes entre el RAIS y el RPM.

Que el 18 de mayo de 2022 Skandia S.A. le realizó a la actora una simulación de lo que sería su mesada pensional para la época a través del RAIS, siendo la mesada pensional inferior a la que recibiría en el RPM.

Que el 07, 15 y 18 de julio de 2022 solicitó respectivamente a Colpensiones, Skandia S.A. y Porvenir S.A. ineficacia y/ o nulidad del traslado de régimen pensional que se llevó a cabo el pasado mes de agosto de 1995.

Actuación procesal

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 07 de julio de 2023, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Colpensiones, Skandia S.A. y Porvenir S.A, contestaron la demanda en los términos del archivo 10, 12 y 13 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 22 de abril de 2024 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora LUZ MYRIAM LANCHEROS BONILLA identificada con C.C. No. 51.744.106 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA y HORIZONTE hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 11 de julio de 1995 y el 1 de febrero de 2002, junto con la afiliación efectuada posteriormente a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 11 de diciembre de 2012, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora LUZ MYRIAM LANCHEROS BONILLA al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

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 con motivo de la afiliación de la señora LUZ MYRIAM LANCHEROS BONILLA 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 el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al demandante, durante el tiempo que permaneció afiliado a esta, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora LUZ MYRIAM LANCHEROS BONILLA al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. a favor del demandante. Por Secretaría practíquese la liquidación de costas e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 para cada una.

OCTAVO: SIN COSTAS para la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.”

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que la CSJ en varias sentencias ha manifestado que es obligación de las AFP suministrar información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen, ya que debe anteponer los derechos del trabajador sobre el interés propio de obtener un afiliado. El hecho de firmar el formulario de afiliación no implica que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada, en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona.

Son las administradoras de pensiones quienes tienen la carga de la prueba al demostrar que suministraron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia del traslado deba tener una expectativa legítima para trasladarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Afirma que, si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, esta no era requerida para cumplir con el deber de información establecido en la fecha de traslado.

Manifiesta que, en virtud del artículo 13 de la ley 100 de 1993 se podía regresar al régimen de prima media con prestación definida cuando le faltaren no menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Por otra parte, a pesar de que el demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún que se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, para esto estaba el asesor para explicarle todo lo relacionado con esto ya que el deber de

información es independiente de la edad o el grado de conocimiento que tenga el afiliado y su nivel profesional.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia de traslado, se obliga a trasladar a Colpensiones, y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de aquella y reactivar la afiliación del demandante en el régimen de prima media. Consecuencias que no afectan la estabilidad financiera del sistema y menos de Colpensiones, pues la ineficacia del traslado implica la devolución por parte de la AFP de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, con lo que se cubrirá las prestaciones a que haya lugar.

Con relación a las sumas adicionales y los gastos de administración, es la AFP quien debe asumir de su propio patrimonio en la medida que el accionante nada tuvo que ver con la falta de información.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

La apoderada de Colpensiones presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que la demandante se encuentra en una prohibición legal, la cual se encuentra descrita en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en atención a que se encuentra en la prohibición legal por el límite temporal para el traslado de régimen ya que cuenta con 60 años de edad.

Respecto al deber de información, las pruebas debieron ser valoradas bajo la normatividad vigente y aplicable a dicha época, toda vez que, respecto al deber de información, la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015 no existían, en virtud de que el documento de afiliación era el exigido para que la demandante perteneciera al RAIS, por lo que solicita se revoque la decisión, toda vez que la normatividad aplicable al caso en concreto es la ley 100 de 1993. Imponer cargas adicionales quebranta la seguridad de Colpensiones y afecta la sostenibilidad financiera del sistema, en virtud a que debe reconocer derechos a personas que no han contribuido con la formación del sistema.

El apoderado de Porvenir S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando que se revise el proceso y se revoque la sentencia en su totalidad ya que no se tuvo en cuenta las circunstancias especiales que se pudieron demostrar a lo largo del proceso, y esto es que la demandante si recibió la información que se exigía para el momento en que realizó su traslado a Colpatria, hoy Porvenir S.A, ya que la actora manifestó recibir toda la información exigida a los interesados en afiliarse en los fondos privados de pensiones.

Se cumplió con el deber de información sobre las características generales de cada uno de los sistemas y no se puede exigir a los fondos privados la entrega de la información como se exige con normas posteriores, toda vez que no se puede aplicar retroactivamente la ley y en

este caso con el interrogatorio de la demandante y con la suscripción de los formularios aportados, se demostró que se cumplieron todos los requisitos para que el traslado se considere eficaz.

Es así que tampoco se tiene en cuenta las aclaraciones de la CSJ en sentencia SU107 de 2024, en donde se indica que se debe hacer una valoración de todo el material probatorio obrante en el expediente y no se puede delegar toda la carga de la prueba a los fondos privados.

Porvenir S.A. ya trasladó lo que obraba en la cuenta de ahorro individual al fondo Skandia S.A. y no procede el traslado de los gastos de administración y demás conceptos en virtud de los cuales se realizaron aportes y no se incluyeron en la cuenta de ahorro individual de la demandante, porque constituyen un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, entidad que no destinaría esos aportes al financiamiento de la pensión de la demandante.

En cuanto haberse pagado a terceros la cobertura del riesgo de pensión de sobrevivientes o pensión de invalidez, ampararon el riesgo durante el tiempo que estuvo la demandante afiliada a la AFP Porvenir S.A.

En caso de confirmar la sentencia solicita revocar lo relacionado a la indexación, teniendo que existen varios pronunciamientos por parte de tribunales superiores de distrito judicial que han indicado que en este tipo de procesos no es procedente la indexación, toda vez que la pérdida del poder adquisitivo que se busca resarcir con este concepto se encuentra cubierta con los rendimientos que se entregan y que en su momento la AFP generó y entregó a Skandia S.A.

La apoderada de Skandia S.A. interpuso recurso de alzada en contra de la sentencia, en primer lugar, porque no se vislumbra de las pruebas recaudadas que la demandante no tuviera la información necesaria clara y pertinente para decidir trasladarse de régimen pensional, teniendo en cuenta que como lo manifestó en su interrogatorio, se le indicó que podía pensionarse a cualquier edad, que se le ofrecía una rentabilidad, que tenía un bono pensional y que con posterioridad y con sus actuaciones ratificó el conocimiento de esto y lo que la motivó a afiliarse con Skandia S.A. fue obtener rendimientos más altos para su pensión y así lo hizo saber cuándo se le preguntó, la demandante tenía la certeza que al hacer esos incrementos, entendía cómo funcionaba el sistema en el RAIS y recibió extractos de su cuenta pensional, en donde se reflejaba toda esa información en referencia a esa cuenta pensional.

Se debe tener en cuenta que nunca manifestó o actuó legalmente para tachar de falsos los documentos de afiliación a Porvenir S.A. y Skandia S.A., por el contrario, aceptó que los suscribió de manera libre y voluntaria, por lo cual debe analizarse de manera detallada el tema de si ella tenía esa información o aclarar cómo fue que ella tomó la información, teniendo en cuenta que si existe claridad de que se le indicó en su momento como funcionaba el RAIS.

La demandante no acreditó con prueba documental o testimonial la falta de información alegada y al momento del traslado no existía una norma que señalara el contenido de esa información, por lo que todas las AFP la brindaban de forma verbal.

De acuerdo al caso bajo estudio, indica que la afiliada aceptó de manera consiente el contenido de los formularios y transcurrió más de 20 años afiliada al RAIS sin solicitar información o aclaración al respecto

Es importante aplicar la sentencia SU 107 de la Corte Constitucional, ya que tiene antecedentes y argumentos legales al considerar que se viola el derecho constitucional al debido proceso al asumir que las AFP tienen la carga de probar única y exclusivamente que si se le brindó información al afiliado.

Contra la condena de reintegrar el porcentaje de gastos de administración, comisiones, primas, seguros o cualquier otra suma, es importante indicar que están autorizados por el artículo 104 de la ley 100 de 1993, existiendo razones legales y operacionales que justificarían porqué la AFP hace los respectivos descuentos por esos conceptos, los cuales garantizan la sostenibilidad y seguridad de los fondos privados y brindan durante el tiempo de afiliación la seguridad que necesitan.

La prima de seguros fue sufragada a la compañía aseguradora, cumpliendo con el deber contractual de cobertura durante la vigencia de la afiliación y no es viable el traslado de dichos recursos. Los dos regímenes están expuestos a riesgos de diferente naturaleza no relacionados entre sí y su funcionamiento es diferente por lo cual estos gastos se utilizan para administrar las cuentas de ahorro individual, generar los rendimientos y si se traspasa a Colpensiones se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido. Adicionalmente los gastos de administración se hallarían prescritos.

Además, se configura la compensación, por lo que no es procedente la indexación, ya que se estaría constituyendo una doble sanción por el mismo hecho y porque los rendimientos obtenidos retribuyen la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Solo se deben trasladar los aportes efectuados a nombre del trabajador destinados a la cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima sin incluir otro concepto.

Con relación a las costas, indica que la AFP Skandia S.A. no participó en el acto de traslado e régimen pensional y no tuvo injerencia en la decisión de trasladarse a otra administradora, ya que tomó la decisión de manera libre y voluntaria.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 11 de junio de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si se debe absolver a las demandas de la condena de devolución de gastos de administración, seguros previsionales e indexación; iii) Si la permanencia en el RAIS incide en la declaratoria de ineficacia de traslado; iv) Si la declaratoria de ineficacia de traslado afecta la sostenibilidad financiera de Colpensiones; y v) Si se debe condenar en costas a Skandia S.A.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal 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. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben 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"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *“Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan 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. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a Colpatria S.A, hoy Porvenir S.A, del 11 de julio de 1995, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la

suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida 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”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impresa en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante en la audiencia celebrada el 22 de abril de 2024, visible en el archivo 24 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que los asesores de Colpatria le ofrecieron un reconocimiento de un bono, la opción de pensionarse a la edad que quisiera y le informaron que la AFP ofrecía una rentabilidad y por esto optó por trasladarse a este fondo. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte de la demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por

las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta

Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 11 de julio de 1995, como lo determinó el *a quo*.

Gastos de administración

Ahora bien, como lo indicó el *a quo*, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, que en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada. La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, expuso lo siguiente:

En primer lugar, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de

invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, se adoptará esta nueva postura por parte de esta Sala, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, dado que Porvenir S.A. y Skandia S.A. apelaron lo relacionado con las primas de seguros previsionales y los gastos de administración, se revoca parcialmente los numerales **tercero** y **cuarto** de la sentencia de primera instancia. Esto se hará con el propósito de exonerar a la entidad de dichos conceptos, condenando únicamente a la devolución de los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional si fue pagado, con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Permanencia en el RAIS

Ahora bien, en cuanto al tiempo de permanencia en el RAIS, por parte de la actora, lo cierto es que ni el tiempo de permanencia en el RAIS ni los traslados realizados entre fondos; ni el hecho de no haberse trasladado el afiliado al régimen de prima media con prestación definida dentro del término legal, convalida la actuación irregular que genera la ineficacia, por ser

hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de traslado de régimen pensional, ya que el que presentó la irregularidad que genera la ineficacia, tal como lo tiene adoctrinado la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia adiada el 02 de marzo de 2022 bajo radicado SL1055-2022, MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ, mediante la cual se aclaró:

“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. (...)

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.

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.”

Por otra parte, la Sala de Descongestión No.3 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia recientemente reiteró:

“Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.

Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema. (CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021)

Para finalizar, en nada modifica la situación el número de años de permanencia de la actora en el RAIS y menos implica que el traslado se haya formalizado con su consentimiento informado.”

Sostenibilidad financiera

De otra parte, para abordar a la inconformidad referida por la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, frente a la sostenibilidad del sistema financiero se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectado con la declaratoria de ineficacia del traslado, dado a que como se señaló previamente, la AFP tiene el deber de restituir los valores recibidos por concepto de la afiliación del accionante con todos sus frutos, con lo cual se compensan las cotizaciones que debió efectuar el accionante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se financia la pensión a recibir, indistintamente si se han cotizado en un fondo público o en una cuenta de ahorro individual.

Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, precisando:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida

tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Lo anterior también ha sido reiterado en sentencias posteriores como la SL1440-2021 y la SL1497-2022, en esta última con toda claridad la Corte precisó: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”*

Costas procesales

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que pide Skandia S.A. sea revocada, como quiera que, las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas, sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, quien, además se opuso a la prosperidad de las pretensiones e incluso propuso la totalidad de las excepciones como medio de defensa, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

Adicionalmente, en el archivo 25 del expediente digital, referente al acta de audiencia, se resuelve “*SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor del demandante. Por Secretaría practíquese la liquidación de costas e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 para cada una.*”

Razón por la cual, es pertinente aclarar que la mención a Colpensiones en este numeral, se trata de un error, como se puede evidenciar al revisar la audiencia, en donde la juez en la refiere que no se condena en costas a esta entidad.

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación presentado por las demandadas.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ MYRIAM LANCHEROS BONILLA 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 el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados. Y en su lugar **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los aportes y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorros de la demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la AFP SKANDIA S.A, a devolver a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al demandante, durante el tiempo que permaneció afiliado a esta, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido. Y en su lugar **CONDENAR** a la AFP SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES los aportes y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorros de la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

(Con Salvamento de Voto)

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Luz Myriam Lancheros Bonilla

Demandados: Colpensiones, Porvenir S.A., y Skandia S.A.

Radicado: 110013105012-2023-00001-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a: i) la no devolución de las cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas y ii) el indebido surtimiento del grado jurisdiccional de consulta del proveído de primer grado:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros

previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

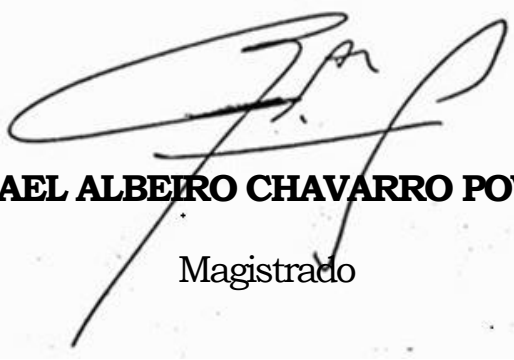
Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Por último, es de precisar que, independientemente de la postura que se acoja respecto la devolución de los referidos emolumentos, esta Colegiatura debe surtir el grado jurisdiccional de consulta sobre dicho asunto, vista su incidencia en la sostenibilidad financiera del **RPMD**; de no ser así, se estaría pretermitiendo la segunda instancia, en perjuicio del derecho constitucional

de acceso a la administración de justicia de Colpensiones, determinación que quien suscribe no puede avalar, razón por la cual salvo parcialmente mi voto.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA CECILIA GAITAN SANCHEZ contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-035-**2021-00414-01.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones y la apoderada de Colfondos S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 08 de abril de 2024 proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

La demandante Martha Cecilia Gaitán Sánchez, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la ineficacia de traslado de régimen por medio de Colfondos S.A. por cuanto el mismo no estuvo precedido de la suficiente asesoría e ilustración por parte de esa entidad.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Igualmente, que se condene a Colpensiones a recibir en esa administradora sin solución de continuidad a la demandante.

Por último, que se condene a las demandas en costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones indica que nació el 16 de septiembre e 1964 y el 06 de mayo de 1987 se afilió al sistema de general de pensiones en el régimen de prima media, cotizando un total de 310 semanas.

Que el 01 de julio de 1994 se trasladó al RAIS mediante Colfondos S.A, decisión que no estuvo precedida de la suficiente información e ilustración por parte de esa entidad. Posteriormente se trasladó Porvenir S.A, Colmena y nuevamente a Porvenir S.A.

Que cotizó en el RAIS un total de 1.292 semanas, obteniendo un total de 1.602 semanas cotizadas en el sistema general de pensiones con los dos regímenes. Que Porvenir S.A. informó a la accionante que el valor de su mesada pensional para 2021 sería de \$ 1.923.300 en el RAIS.

Que el 31 de agosto de 2021 la demandante elevó derecho de petición ante Colfondos S.A, Protección S.A, Porvenir S.A. y Colpensiones, solicitando la ineficacia del traslado de régimen efectuado el 01 de julio de 1994.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 06 de octubre de 2021, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Porvenir S.A, Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A, contestaron la demanda en los términos del archivo 05, 07, 19 y 23 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 08 de abril de 2024 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado con fecha de solicitud 21 de junio de 1994, efectiva a partir del 01 de julio de 1994 por MARTHA CECILIA GAITAN SANCHEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARTHA CECILIA GAITAN SANCHEZ, como gastos de administración, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, rendimientos financieros e intereses.

TERCERO: CONDENAR a las AFPs SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que este permaneció afiliado en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, con motivo de la afiliación de MARTHA CECILIA GAITAN SANCHEZ como gastos de administración, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, rendimientos financieros e intereses. Adicionalmente, actualizar la historia laboral de la demandante con la información aportada por las AFP's demandadas.

QUINTO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las

reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados

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

SÉPTIMO: ABSOLVER a la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.; liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1.000.000 por concepto de agencias en derecho a favor de la señora MARTHA CECILIA GAITAN SANCHEZ.

NOVENO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS liquídense por secretaría incluyendo la suma de 500.000 por concepto de agencias en derecho a favor de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. Sin costas para la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCION y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.

DÉCIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.”

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que la ineficacia del traslado perseguida en el proceso fue objeto de reclamación ante Colpensiones previo a la radicación de la demanda.

Con la expedición de la ley 100 de 1993 se pretendió unificar la administración del sistema pensional y para ello se estableció dos regímenes solidarios y excluyentes, el de ahorro individual con solidaridad y el de prima media con prestación definida.

En los términos previstos en 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 al cual querían pertenecer, dando la posibilidad de modificar la elección.

En los casos en los que el trabajador o cotizante manifiesta que no hubo consentimiento informado, se traslada la carga de la prueba para que sea las AFP las que deben probar si se dio dicha información, esto se ha mencionado en sentencias como la SL2229 de 2022 en donde se anuncia que la afirmación del trabajador se acredita con el hecho positivo contrario, es decir que se le suministró la asesoría en forma correcta.

La sentencia SL2484 de 2022 dispuso que es obligación de las AFP demostrar que no hubo asimetría en la información y proveer a los jueces de todos los medios de convicción que permitan dar certeza de que al momento de producirse el traslado de régimen el afiliado contaba con todos los elementos de juicio suficientes para decidir de manera libre y voluntaria.

La Corte establece que el traslado de régimen conlleva un deber de buen consejo por parte de las AFP ya que por medio de ellos el afiliado procura el disfrute de su pensión, por lo que debe indicarle de manera puntual al trabajador las condiciones favorables o desfavorables para el disfrute de esta. La información comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación, hasta la terminación de las condiciones para el disfrute de esta, ya que tienen el deber de garantizar una información completa y comprensible.

De las pruebas que hacen parte del proceso se advierte que la administradora del RAIS omitió suministrar la información suficiente para que el demandante tomara una decisión del traslado del régimen de manera consiente respecto de las consecuencias jurídicas que ello implicaría.

Así las cosas, se declara la ineficacia de afiliación a Colfondos S.A. en el régimen de ahorro individual con solidaridad, como consecuencia se debe retrotraer las cosas al estado en que se encontraban como si el traslado jamás hubiese ocurrido.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

El apoderado de Colpensiones presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que la CSJ en diversas sentencias han analizado la viabilidad de la ineficacia de traslado, cuando los demandantes tienen perjuicios palmarios por la pérdida de régimen de transición o la expectativa cercana de acceso a la prestación y en dichas situaciones no se encuentra la demandante.

Por su parte el decreto 692 de 1994 en su artículo 11 establece que la selección de régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de este para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez y muerte.

La demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no puede regresar al régimen administrado por Colpensiones. No es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS ya que por decisión propia suscribió en varias ocasiones formularios de afiliación por medio de los que realizó traslados horizontales, voluntad que se vio ratificada por los más de 29 años de cotizaciones en el RAIS.

La Corte Constitucional manifestó que el régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que, una vez cumplidos los requisitos de edad y semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie o resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás es contrario a la equidad y eficiencia pensional.

Las AFP no desconocen la existencia del deber de información desde 1993, sin embargo, dicho deber se intensifica con la expedición de la ley 1328 de 2009, donde el deber de información se convierte en un deber de asesoría y buen consejo, por lo que no es dable requerir las mismas formalidades desde la creación del RAIS. El juzgamiento de una conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien, sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de una eventual prestación pensional.

La demandante no hizo uso de los derechos de los afiliados, esto es el retracto que da la posibilidad de dejar sin efecto su elección de régimen pensional o de administradora dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la que se haya manifestado por escrito la correspondiente selección.

Al momento de la afiliación al RAIS la demandante no contaba con ninguna expectativa ni derecho adquirido en el RPM, pues como se desprende de los hechos y las pruebas documentales, para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 la demandante no cumplía con los requisitos de las semanas o tiempo de servicio para querer regresar al RPM en cualquier momento.

La apoderada de Colfondos S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia en primera instancia, solicitando que no se condene a la devolución de sumas por conceptos de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez, teniendo en cuenta que las mismas fueron utilizadas de conformidad a lo establecido por la ley y en atención a que esos dineros no hacen parte del haber de la AFP.

Colfondos S.A. solo tiene un rol de intermediario con respecto a las primas de seguro previsional, estos recursos no ingresan al patrimonio de la administradora. La aseguradora prestó efectivamente el servicio, asumiendo los riesgos de invalidez y muerte del afiliado, el contrato fue debidamente ejecutado y los efectos no se pueden retrotraer como consecuencia de la ineficacia.

Los gastos de administración tienen una destinación que se cumplió, traduciéndolo en los rendimientos, por lo cual no se puede imponer una condena a devolver los mismos en forma indexada, ya que se estaría imponiendo una doble sanción por el mismo hecho. No se causó detrimento patrimonial a la parte actora y menos a Colpensiones, por lo que se estaría frente a un enriquecimiento sin causa, generando una afectación a la sostenibilidad del sistema de la AFP, lo que es contrario al principio del artículo 48 de la Constitución.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 17 de junio de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si se debe absolver a Colfondos S.A. de la condena de devolución de gastos de administración, seguros previsionales e indexación; iii) Si la permanencia en el RAIS incide en la declaratoria de ineficacia de traslado y ; iv) Si de declararse la ineficacia de traslado se ve afectada la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal 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. Este deber existía desde la creación del sistema

de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben 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"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan 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. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

"Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»".

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el historial de vinculaciones en donde se encuentra la afiliación a Colfondos S.A, del 21 de junio de 1994, como se indicó anteriormente, sin que se encuentre acreditado que se brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida 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”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante en la audiencia celebrada el 22 de marzo de 2024, visible en el archivo 40 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que los asesores pasaron a cada uno de los escritorios en donde trabajada e informaron que el ISS tenía problemas

económicos y no iba a responder. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte de la demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción que demuestre que la AFP Colfondos S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 21 de junio de 1994, como lo determinó el *a quo*.

Gastos de administración

Ahora bien, como lo indicó el *a quo*, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, que en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada. La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, expuso lo siguiente:

En primer lugar, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas

de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, se adoptará esta nueva postura por parte de esta Sala, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, dado que Colfondos S.A. apeló lo relacionado con las primas de seguros previsionales y los gastos de

administración, se revoca parcialmente el numeral **segundo** y **tercero** de la sentencia de primera instancia. Esto se hará con el propósito de exonerar a la entidad de dichos conceptos, condenando únicamente a la devolución de los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional si fue pagado, con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Permanencia en el RAIS

Ahora bien, en cuanto al tiempo de permanencia en el RAIS, por parte de la actora, lo cierto es que ni el tiempo de permanencia en el RAIS ni los traslados realizados entre fondos; ni el hecho de no haberse trasladado el afiliado al régimen de prima media con prestación definida dentro del término legal, convalida la actuación irregular que genera la ineficacia, por ser hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de traslado de régimen pensional, ya que el que presentó la irregularidad que genera la ineficacia, tal como lo tiene adoctrinado la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia adiada el 02 de marzo de 2022 bajo radicado SL1055-2022, MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ, mediante la cual se aclaró:

“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. (...)

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.

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.”

Por otra parte, la Sala de Descongestión No.3 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia recientemente reiteró:

“Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de inejecución debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.

Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la inejecución del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema. (CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021)

Para finalizar, en nada modifica la situación el número de años de permanencia de la actora en el RAIS y menos implica que el traslado se haya formalizado con su consentimiento informado.”

Sostenibilidad financiera

De otra parte, para abordar a la inconformidad referida por la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, frente a la sostenibilidad del sistema financiero se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectado con la declaratoria de inejecución del traslado, dado a que como se señaló previamente, la AFP tiene el deber de restituir los valores recibidos por concepto de la afiliación del accionante con todos sus frutos, con lo cual se compensan las cotizaciones que debió efectuar el accionante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se financia la pensión a recibir, indistintamente si se han cotizado en un fondo público o en una cuenta de ahorro individual.

Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, precisando:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el

literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Lo anterior también ha sido reiterado en sentencias posteriores como la SL1440-2021 y la SL1497-2022, en esta última con toda claridad la Corte precisó: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”*

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación presentado por las demandadas.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la AFP COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARTHA CECILIA GAITAN SANCHEZ, como gastos de administración, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, rendimientos financieros e intereses. Y en su lugar **CONDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES los aportes y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorros del demandante y bonos pensionales, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

(Con Salvamento de Voto)

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Martha Cecilia Gaitán Sánchez

Demandados: Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A., y
Skandia S.A.

Radicado: 110013105035-2021-00414-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a: i) la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas y ii) el indebido surtimiento del grado jurisdiccional de consulta del proveído de primer grado:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión

decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

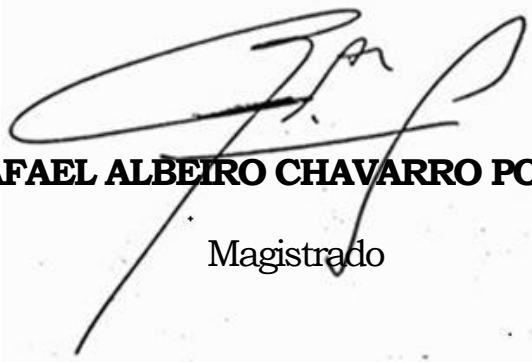
Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Por último, es de precisar que, independientemente de la postura que se acoja respecto la devolución de los referidos emolumentos, esta Colegiatura debe surtir el grado jurisdiccional de consulta sobre dicho asunto, vista su

incidencia en la sostenibilidad financiera del **RPMD**; de no ser así, se estaría pretermitiendo la segunda instancia, en perjuicio del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia de Colpensiones, determinación que quien suscribe no puede avalar, razón por la cual salvo parcialmente mi voto.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OCTAVIO BECERRA contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-016-**2023-00057-01.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 15 de mayo de 2024 proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

El demandante Octavio Becerra, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la ineficacia de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Como pretensiones subsidiarias, solicita que se condene a Colpensiones a pagar la pensión de vejez del actor a partir de la primera reclamación, junto con el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Que de no ser procedente la pretensión anterior, se ordene al pago de la indexación sobre todas aquellas sumas reconocidas.

Por último, que se condene a las demandadas al pago de costas, agencias en derecho, lo utra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones indica que nació el 20 de diciembre de 1950 y a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad. Que cotizó en el ISS desde 1972. Que sin su consentimiento fue afiliado a Porvenir S.A. y posteriormente retornó a Colpensiones.

Que, a la fecha de presentación de la demanda, ha cotizado un total de 1.225,14 semanas, sin embargo, la historia laboral adolece de inconsistencias y periodos no tenidos en cuenta por Colpensiones.

Que el 01 de junio de 2012 alcanzo 1000 semanas de cotización, cumpliendo en esta calenda con los requisitos que exige el art 12 del decreto 758 de 1990, para causar la pensión de vejez, sin embargo, Colpensiones negó la pensión de vejez debido a que el actor no era beneficiario del régimen de transición.

Que solicitó declaratoria de ineficacia de traslado y una vez declarada dicha ineficacia se procediera al reconocimiento de la pensión de vejez. Colpensiones dio respuesta a la solicitud el 24 de junio de 2022.

Actuación procesal

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 24 de julio de 2023, y ordenó la notificación de las demandadas. Colpensiones y Porvenir S.A., contestaron la demanda en los términos del archivo 10 y 12 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 15 de mayo de 2024 resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizara el demandante, señor Octavio Becerra, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.904.154, y que tuviera lugar el día 17 de octubre de 1996 por ante Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., lo anterior motivado en la omisión en el deber de información.

SEGUNDO: Declarar para todos los efectos legales, que el actor permaneció siempre vinculado y vigente con la afiliación en el régimen solidario de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiese trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

TERCERO: Declarar en virtud de las declaraciones que antecede, que el demandante, señor Octavio Becerra, adquirió el derecho a la pensión de vejez en régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en concordancia con el acuerdo 049 de 1990, en los términos expuestos en la parte motiva.

CUARTO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar al demandante, señor Octavio Becerra, la pensión de vejez en régimen de transición y conforme al acuerdo 049 de 1990, a partir del día primero (1) de abril del año 2020, en cuantía de salario mínimo legal mensual vigente, junto con sus correspondientes reajustes anuales de ley y por 13 mesadas. Lo anterior conforme al régimen de transición que le es aplicable en cuantía que corresponde a la tasa de remplazo del 87% sobre el ingreso base de liquidación, que corresponde a los últimos diez años de cotizaciones y que en todo caso el valor de la mesada pensional no puede ser inferior a salario mínimo legal mensual vigente correspondiente.

QUINTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

SEXTO: Se condena en costas de la instancia a la parte demandada. Practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/2 SMLMV), por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas.

SÉPTIMO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a que el valor de la pensión de vejez condenada a la presente sentencia lo efectué de manera indexada, teniendo en cuenta para ello los índices de precios al consumidor, teniendo como índices iniciales los de fecha de causación de cada mesada, y como índice final, aquel vigente en el momento del pago del retroactivo correspondiente.

OCTAVO: Absolver de las pretensiones que no fueron acogidas expresamente en la parte resolutive de la sentencia.”

Para adoptar esta decisión, se debe tener en cuenta el régimen de seguridad social general, ley 100 de 1993 que estableció en su artículo 12 los regímenes pensionales, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, que conforme al artículo 13 de la misma norma son sistemas excluyentes pero que coexisten de modo que es necesario que las personas de manera libre y voluntaria y por escrito escojan el régimen que prefieran.

En esa misma norma del artículo 13 que se hace referencia establece que las personas pueden trasladarse de un régimen al otro, pero deben respetar un término mínimo de permanencia que inicialmente era de 3 años y posteriormente se incrementó a 5 años. Estableció también el legislador que las personas tienen la prohibición de trasladarse de régimen cuando se encuentren a 10 años o menos de tener la edad para adquirir el derecho pensional.

Sobre este tema, la Corte se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia desde 2008 hasta la actualidad en los debates por la denominada nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, como se ve en sentencias 3198931314 de 2018, 33083 de 2011, 46292 de 2014 y 17595 de 2017, entre otras.

Se ha plasmado por la corte reglas claras y precisas que perviven hasta la actualidad, que consisten en que siempre ha existido el deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones desde su creación para entregar información clara, precisa, suficiente, detallada, comprensible para que tenga plena claridad de las implicaciones del traslado de régimen pensional, las características de uno y otro régimen, las ventajas y desventajas que conllevan los mismos para que pueda entenderse que existió un consentimiento suficientemente informado.

La carga de la prueba está en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones, quienes deben acreditar y demostrar que cumplieron a cabalidad con ese deber, ya que en caso contrario ha de predicarse la ineficacia del traslado de régimen y como consecuencia trasladar todos los recursos de las cuentas de ahorro pensional de los afiliados con destino a Colpensiones. No es necesario que las personas estuviesen en régimen de transición para que tengan derecho al deber de información, sin embargo, el formulario de afiliación y la firma de este no resulta suficiente para demostrar que se cumplió a cabalidad con el deber de información.

En lo que hace referencia a las etapas del deber de información, la Corte las ha catalogado en 3, iniciando con la apertura de la vigencia de la ley 100 de 1993, continua con la emanación de la ley 1328 de 2009 y culmina con la ley 1748 de 2014.

Con base en esas premisas, el juzgado descende al terreno de los hechos y de las pruebas, al ser evaluadas se tiene que el demandante, estuvo afiliado en el RPM y después se trasladó al RAIS por medio de Horizonte, hoy Porvenir S.A. como lo evidencia el formulario de afiliación firmado por el demandante.

En este proceso no se probó el cumplimiento al deber de información por parte de la demandada Porvenir S.A. y como consecuencia se deben predicar los efectos que la CSJ tiene plasmados para la omisión al deber de información que es la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

El demandante era beneficiario del régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, que como se sabe, para el caso de los hombres que tuvieran 40 años de edad, 15 de servicio o su equivalente en semanas de cotización, para el 01 de abril de 1994, eran beneficiarios del régimen de transición.

La CSJ al referirse a la primera etapa del deber de información, que era la vigente para el momento del traslado en octubre de 1996, el asesor le debió dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, información que no se brindó.

Conforme al reporte de semanas cotizadas, aportada por Colpensiones, el demandante tiene un total de 1225,14 semanas de cotización, en ese sentido, el juzgado debe realizar estudio sobre la pensión de vejez, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado.

El actor era beneficiario del régimen de transición que rigió hasta 2014, esto quiere decir que tenía hasta esa fecha para cumplir con los requisitos de edad y semanas de cotización de las normas anteriores, es decir, el acuerdo 049 de 1990. Entonces, con esta norma se requería 60 años de edad si es hombre y haber acreditado 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, requisitos que cumplió el actor.

Por lo anterior, debe ser condenada Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez al actor en los términos del régimen de transición. Esta pensión debe ser reconocida a partir del día siguiente a la última cotización, que en su caso es de marzo de 2020.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

La apoderada de Colpensiones presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque la sentencia ya que a la fecha el traslado realizado a Porvenir S.A. se presume no sólo efectuado un ejercicio del derecho de libre escogencia del régimen pensional, consagrado en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993, sino plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes de dicha data, es decir a lo establecido en el decreto 663 de 1993, decreto de 656 del 94 y artículos 271 y 272 de la ley 100 del 93.

Razón por la cual la afirmación del vicio de consentimiento, la falta de información necesaria o ineficacia acaeció en el trámite del traslado alegado por el interesado deberá probarse en el desarrollo del proceso.

En el caso de encontrarse no procedente el pago de los intereses moratorios se le ordene el pago de la indexación sobre todas aquellas sumas reconocidas toda vez que teniendo en cuenta que los valores reconocidos por cuenta de Colpensiones son actualizados conforme la tabla de índices de precios al consumidor, expedidos por el DANE no habiendo lugar a indemnizar valor alguno.

Revocar también la condena en costas a Colpensiones, ya que no tiene un rubro destinado a condenas de costas y agencias en derecho por lo cual este dinero sale de los valores que financian el sistema de pensiones al régimen de prima media, lo que genera un detrimento al patrimonio de las pensiones de sus demandantes y en concordancia a que Colpensiones ha actuado en estricto cumplimiento de orden legal, además teniendo en cuenta el artículo 48 inciso 5 de la Constitución Política y artículo 365 numeral 5 del CGP, por lo que ruega no condenar en costas.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 17 de junio de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si se debe condenar en costas a Colpensiones.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal 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. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben 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"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *“Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan 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. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a Horizonte, hoy Porvenir S.A, del 17 de octubre de 1996, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad el afiliado hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliado.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la

suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida 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”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por el demandante en la audiencia celebrada el 15 de mayo de 2024, visible en el archivo 23 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que un señor se acercó y le dijo que se trasladara a Porvenir S.A. y le solicitó algunos datos. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte del demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. dio información transparente y completa al afiliado sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que el demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó el demandante el 17 de octubre de 1996, como lo determinó el *a quo*.

Costas procesales

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que pide Colpensiones sea revocada, como quiera que, las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas, sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, quien, además se opuso a la prosperidad de las pretensiones e incluso propuso la totalidad de las excepciones como medio de defensa, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

Por otro lado, de lo que se logra extraer del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones, es pertinente aclarar que, en la sentencia de primera instancia, el juez no condenó al pago de los intereses moratorios. De conformidad con el numeral séptimo de la sentencia, se condenó a Colpensiones a indexar el valor de la pensión, razón por la cual, de acuerdo con lo apelado por la apoderada, se confirmará lo concerniente a la indexación.

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación presentado por la demandada.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 15 de mayo de 2024, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

(Con Salvamento de Voto)

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Octavio Becerra.

Demandados: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105016-2023-00057-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a: i) la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas y ii) el indebido surtimiento del grado jurisdiccional de consulta del proveído de primer grado:

- **INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RÉGIMEN PENSIONAL Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.**

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc* -desde siempre-, y no *ex nunc* -desde ahora-.

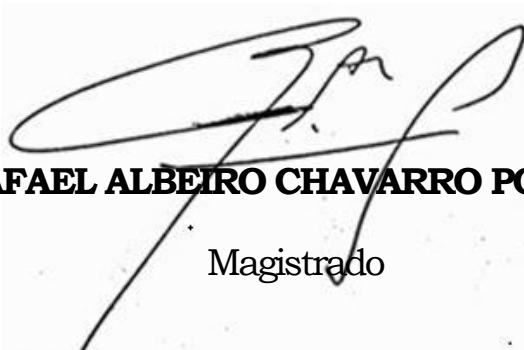
Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Igualmente, es de precisar que, independientemente de la postura que se acoja respecto la devolución de los referidos emolumentos, esta Colegiatura debe surtir el grado jurisdiccional de consulta sobre dicho asunto, vista su incidencia en la sostenibilidad financiera del **RPMD**; de no ser así, se estaría pretermitiendo la segunda instancia, en perjuicio del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia de Colpensiones, determinación que quien suscribe no puede avalar, razón por la cual salvo parcialmente mi voto.

- **PENSIÓN DE VEJEZ Y RÉGIMEN JURÍDICO QUE AMPARA SU RECONOCIMIENTO.**

Atendiendo lo preceptuado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por constituir el reconocimiento prestacional deprecado una condena adversa a los intereses económicos y jurídicos de Colpensiones, esta Corporación debió surtir consulta respecto el régimen que ampara el otorgamiento de la prestación social pretendida, habida cuenta que, de no ser el demandante acreedor de la transición -*Decreto 758 de 1994*, la pensión de vejez reconocida debe revocarse, puesto que, para la fecha de radicación de la demanda, él no acreditó el mínimo de aportes requeridos por el **RPMD** para el reconocimiento de la prestación social. - *probó 1225 y se requieren 1300*-, omisión por la cual salvo parcialmente voto.

Fecha ut supra.


RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CIRO HERNAN ANGEL TURMEQUE contra ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-018-**2022-00426-01.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 22 de mayo de 2024 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

El demandante **Ciro Hernán Ángel Turmequé**, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, intereses y bonos pensionales a que haya lugar, así como las cuotas de administración, valores descontados por seguro de invalidez y sobrevivientes.

Así mismo, solicita que se condene a Colpensiones a recibir al demandante y registrar la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad.

Por último, que se condene a las demandadas al pago de costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones indica que nació el 20 de septiembre de 1969 y se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS y en 1994 se trasladó a la AFP Colmena, hoy Protección S.A. a través de una campaña de desinformación.

Que el 30 de septiembre de 2022 radicó peticiones ante Protección S.A. y Colpensiones, solicitando que se declare la ineficacia de traslado del RPMPD al RAIS. Colpensiones y Protección S.A. negaron la solicitud el 04 de octubre del mismo año.

Actuación procesal

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 14 de abril de 2023, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Protección S.A. y Colpensiones, contestaron la demanda en los términos del archivo 04 y 07 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 22 de mayo de 2024 resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación que realizó el señor CIRO HERNAN ANGEL TURMEQUE identificado con cédula de ciudadanía Nro. 79.501.602 a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN efectuada 23 de noviembre de 1994 con fecha de efectividad 1 de diciembre del mismo año, consecuentemente declarar ineficacia del traslado realizado a la AFP ING hoy PROTECCIÓN realizada el 25 de julio de 1998 con fecha de efectividad 1 de septiembre del mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. DECLARAR que para todos los efectos legales el señor CIRO HERNAN ANGEL TURMEQUE identificado con cédula de ciudadanía Nro. 79.501.602, 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 ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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 del demandante señor CIRO HERNAN ANGEL

TURMEQUE identificado con cédula de ciudadanía Nro. 79.501.602, es decir, la totalidad del capital ahorrado, los rendimientos financieros y los bonos pensionales que hayan sido efectivamente pagados durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado en el fondo. 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, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 29 de junio de 1989, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

QUINTO. DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas.

SEXTO. COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (\$ 1.000.000) a cargo de dicho fondo y favor de la demandante. Sin condena en costas a COLPENSIONES.”

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que en general las normas laborales han evolucionado para establecer la obligación del deber de información a cargo de las AFP en tres etapas, de 1993 a 2009, de 2009 a 2014 y a partir del 2014.

En la primera etapa el deber de información corresponde a la ilustración de 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.

En el campo de la seguridad social se debe garantizar que un usuario antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen, esto es que previamente ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna, entonces, el formulario de información es insuficiente para dar por demostrado el deber e información.

Teniendo en cuenta que el demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS el 27 de noviembre de 1994 con fecha de efectividad 01 de diciembre del mismo año, el deber de información a cargo de la AFP se enmarca en el primer periodo, información clara y transparente, situación que no se evidencia en el proceso, si bien, en esta etapa no se requería un documento que acreditara el cumplimiento del deber de información, en todo el tiempo en el que ha estado afiliado el demandante al RPM, la AFP no acreditó la gestión de garantizar que el demandante tenía conocimiento del ambos regímenes, con el fin de conservar dicho afiliado.

Resulta indiscutible que Protección S.A. omitió el deber de información pues no comunico las condiciones y consecuencias del cambio de régimen, derivando esto en la ineficacia de traslado efectuado por el actor.

Con respecto a la prescripción, la CSJ ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación no puede ser afectado por el fenómeno prescriptivo, por lo tanto se declara no probado.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

El apoderado de Colpensiones presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que según lo expuesto en el proceso no se probó por la parte demandante la existencia de una voluntad viciada en el momento en que se dio su escogencia de régimen, como se pudo observar, la parte actora no se vio coaccionada para diligenciar el formulario de afiliación, el cual se dio cumpliendo los requisitos legales de la época, es por ello que en virtud de su libre escogencia y permanencia en el tiempo se estructuró su prestación pensional en el RAIS.

Por último, recalca que se estaría afectando los postulados del acto legislativo 01 de 2005 y la Carta Política en su artículo 48, que contiene el principio de estabilidad económica del Estado y el mismo se enfoca en mantener la seguridad prestacional.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 17 de junio de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como

quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; y ii) Si la permanencia en el RAIS incide en la declaratoria de ineficacia de traslado.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal 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. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360-2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben 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"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de

forma libre y voluntaria, no liberan 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. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a Colmena, hoy Protección S.A, del 23 de noviembre de 1994, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad el afiliado hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliado.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida 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”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por el demandante en la audiencia celebrada el 22 de mayo de 2024, visible en el archivo 13 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que a través de talento humano de la compañía se trasladó a Colmena, traslado que efectuó sin estar presente un asesor de dicha AFP. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte del demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Colmena, hoy Protección S.A. dio información transparente y completa al afiliado sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que el demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó el demandante el 23 de noviembre de 1994, como lo determinó el *a quo*.

Permanencia en el RAIS

Ahora bien, en cuanto al tiempo de permanencia en el RAIS, por parte de la actora, lo cierto es que ni el tiempo de permanencia en el RAIS ni los traslados realizados entre fondos; ni el hecho de no haberse trasladado el afiliado al régimen de prima media con prestación definida dentro del término legal, convalida la actuación irregular que genera la ineficacia, por ser hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de traslado de régimen pensional, ya que el que presentó la irregularidad que genera la ineficacia, tal como lo tiene adoctrinado la sala laboral

de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia adiada el 02 de marzo de 2022 bajo radicado SL1055-2022, MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ, mediante la cual se aclaró:

“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. (...)

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.

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.”

Por otra parte, la Sala de Descongestión No.3 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia recientemente reiteró:

“Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.

Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema. (CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021)

Para finalizar, en nada modifica la situación el número de años de permanencia de la actora en el RAIS y menos implica que el traslado se haya formalizado con su consentimiento informado.”

En los anteriores términos queda resuelto el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación presentado por Colpensiones.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, con fecha 22 de mayo de 2024, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

(Con Salvamento de Voto)

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Ciro Hernán Ángel Turmequé

Demandados: Colpensiones y Protección S.A.

Radicado: 110013105018-2022-00426-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a: i) la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas y ii) el indebido surtimiento del grado jurisdiccional de consulta del proveído de primer grado:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de

Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Por último, es de precisar que, independientemente de la postura que se acoja respecto la devolución de los referidos emolumentos, esta Colegiatura debe surtir el grado jurisdiccional de consulta sobre dicho asunto, vista su incidencia en la sostenibilidad financiera del **RPMD**; de no ser así, se estaría

pretermitiendo la segunda instancia, en perjuicio del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia de Colpensiones, determinación que quien suscribe no puede avalar, razón por la cual salvo parcialmente mi voto.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SAIDY RUTH BRICEÑO GARCÍA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR Radicación No. 11001-31-05-032-**2021-00608**-01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante, contra la sentencia del 05 de marzo de 2024 proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

La demandante Saidy Ruth Briceño Garcia, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual, por lo tanto, declarar que la actora permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a Colpensiones a recibir a la actora como afiliada y beneficiaria del régimen de prima media con prestación definida, expidiendo las certificaciones correspondientes y recibiendo los aportes y los rendimientos a que hubiere lugar.

De igual manera, que se ordene a Colfondos S.A. a consignar el valor de los aportes, rendimientos y demás emolumentos recibidos a Colpensiones.

Por último, que se condene al pago de costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones indica que nació el 06 de mayo de 1968 y se vinculó en calidad de cotizante al ISS desde el año 1987 aproximadamente. Que en 1997 fue abordada por funcionarios del fondo de pensiones Porvenir S.A. y suscribió contrato de afiliación con este fondo, ante engaño producido por los funcionarios de la AFP.

Que los asesores de Porvenir S.A. le indicaron que podría pensionarse a la edad que ella quisiera y en el monto y cuantía que ella escogiera. Indica que los funcionarios de la AFP no le efectuaron un estudio comparativo con la proyección de las prestaciones en los dos regímenes, a fin de probar que el traslado sería más beneficioso, de igual manera, señala que nunca le informaron las implicaciones de trasladarse del régimen pensional, no puso en conocimiento que, con su decisión de traslado de régimen pensional, perdería los beneficios de pensionarse en el régimen de prima media, tampoco mencionó la posibilidad de volver al RPM o retractarse de su afiliación.

Que la AFP Colfondos S.A. es la entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente la actora.

Que el 07 de septiembre de 2021 presentó reclamación administrativa ante Colpensiones, con el fin de lograr el traslado de régimen, sin embargo, la entidad no dio respuesta al requerimiento.

Que el 04 de octubre del mismo año presentó reclamación administrativa ante las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A, solicitando el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida. Colfondos S.A. respondió a la solicitud de manera negativa y Porvenir S.A. no respondió.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 08 de abril de 2022, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., contestaron la demanda en los términos del archivo 05, 06 y 07 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 05 de marzo de 2024 resolvió:

“PRIMERO.- DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación formulada por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y a la vinculada PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante SAIDY RUTH BRICEÑO GARCÍA.

TERCERO.- CONDENAR en costas a la demandante y a favor de las demandadas y la vinculada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio (1/2) smlmv por cada una de ellas.

CUARTO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable a la demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que con ocasión de la ley 100 de 1993 se creó el sistema general de pensiones, compuesto por dos regímenes solidarios pero excluyentes entre sí, el régimen de prima media con prestación definida en su momento a cargo del ISS y las Cajas de Previsión Social entre otras y que hoy en día está en cabeza de Colpensiones. Por otra parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones como las demandadas Colfondos S.A, Porvenir S.A. y Protección S.A.

El artículo 13 de la ley 100 de 1993 establece las características del sistema general de pensiones, entre ellas la obligatoriedad de afiliarse por parte de todos los trabajadores y efectuar las respectivas cotizaciones, así mismo el derecho que tienen los trabajadores a escoger el régimen pensional al que quieran pertenecer y la posibilidad de trasladarse de regímenes pensionales con unas limitaciones.

La demandante se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse de régimen de qué trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

La demandante en su demanda manifiesta conductas en las que incurrió el asesor de Porvenir S.A. que condujeron a un engaño a la demandante, por su parte, la demandante en su interrogatorio de parte presenta una versión diferente a la que se estableció en el escrito de la demanda, pues refiere que todos sus traslados se efectuaron por órdenes o instrucciones de su empleador y que ella no tenía posibilidad de escoger a que administradora de pensiones estar vinculada y refiere que su deseo es estar en la administradora del régimen público.

Si bien la Corte Suprema de Justicia en sala de casación laboral en reiterada jurisprudencia desde el año 2008 en sentencia 31989, ha hecho mención a la carga de la prueba, que le corresponde a las administradoras de fondos de pensiones acreditar el deber de información, también debe señalarse que la corte indica que el traslado de la carga de la prueba se debe en atención a la formulación de negaciones indefinidas y para el caso en lo que tiene que ver

con el escrito de la demanda se hace una serie de afirmaciones sobre la inducción al error o engaño, y en el interrogatorio de parte se hacen afirmaciones sobre imposiciones de sus empleadores que nunca le dieron la posibilidad de elegir en donde estar afiliada en lo que respecta al sistema general de pensiones.

Del interrogatorio de parte de la demandante, se desvirtúan los hechos de la demanda y es evidente que hace afirmaciones que no tienen soporte o prueba alguna en el proceso más allá de su propio dicho. En esa medida, observa que más allá de algunas afirmaciones que hace respecto de que no recibió información, lo cierto es que la demanda se sustenta en unos supuestos facticos que están desvirtuados y proceder a la declaratoria de ineficacia bajo esa perspectiva sería vulnerar el derecho de contradicción y defensa de las demandadas en tanto sería partir de hechos completamente diferentes y sobre los cuales no tuvieron la posibilidad de manifestarse o expresarse, aunado a que tampoco existe un soporte probatorio de las afirmaciones de la demandante en cuanto a la forma en la que se produjeron sus diferentes afiliaciones. Por esta razón el despacho absuelve a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

Si bien existe jurisprudencia reiterada y sólida sobre estos asuntos, lo cierto es que al momento de su aplicación debe verificarse que se den o se cumplan todos los supuestos que se tuvieron en cuenta en esas decisiones, lo que para el juez no se da por las razones que ya se expusieron. Así las cosas, el despacho declara probada la excepción de inexistencia de la obligación formulada por las demandadas.

Recurso de Apelación

La apoderada de la demandante presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando que se declare la ineficacia de traslado de la demandante, toda vez que se acreditó que no existió voluntad de su parte o consentimiento informado al momento de la afiliación.

No existió vinculación de manera libre y espontánea al momento de suscribir dicha afiliación y en consecuencia estas actuaciones se constituyen como una revictimización a la actora, toda vez que en el momento en que es inducida en error para cambiarse de régimen, no le informan la diferencia entre uno y otro y de esta manera, se reivindica el propósito mismo de la interposición de la demanda, que es el error en su voluntad al momento de la afiliación.

Como se mencionó por parte del juez, no se aportaron pruebas que arrojaran la conclusión de que existió la voluntad libre de vicios, con base en las reglas de la lógica y la sana crítica, que pueden llevar a la certeza y por tanto solicita valorar nuevamente las pruebas practicadas y que se otorgue el valor correcto al testimonio de la demandante.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 18 de marzo de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal 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. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben 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"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación,*

durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan 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. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que la AFP Porvenir S.A. aportó al expediente el formulario de afiliación a esta administradora, del 26 de noviembre de 1999, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de la señora Martha Ordoñez, quien se identificó con el número de cedula 41627853, y a la vez suscribe dicho formulario como asesora comercial, lo que desvirtúa cualquier otro medio de prueba, en especial la supuesta confesión de la parte actora, sin que se encuentre acreditado que esa asesora brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la

Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida 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”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante en la audiencia celebrada el 05 de marzo de 2024, visible en el archivo 33 del expediente virtual, la cual fue considerada como medio de prueba por el a quo, para absolver e la ineficacia, esta queda desvirtuada como se dijo en antelación por la sala, con la prueba documental (formulario), el cual fue suscrito por la asesora la señora Martha Ordoñez, quien se identificó con el número de cedula 41627853 y suscribe dicho formulario como asesora comercial, lo que denota, que fue esta quien le entregó el formulario a la accionante para que lo firmara, conclusión que no logro ser desvirtuada por el extremo pasivo durante el debate probatorio, ya que el informativo se encuentra huérfano de algún medio de prueba que conduzca a la sala a establecer que la demandada Porvenir S.A. hubiese iniciado un proceso disciplinario o una denuncia penal en contra de su asesora comercial Martha Ordoñez por haber suscrito formulario sin haber estado presente en el momento en que se llenaron los espacios del formato.

Siendo ello así, no existe ningún medio de prueba que lleve al convencimiento de la sala, acerca de la información brindada a la promotora de este juicio sobre las características de ambos regímenes pensionales y sobre las ventajas y desventajas que el traslado le acarrearía.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024.

Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos. En el caso concreto, la demandante indicó que no se les informó nada, solo entregó formulario de afiliación para que lo diligenciara.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios. En este aspecto, se tiene que la demandada Porvenir S.A. aportó formulario de afiliación de la actora a esta AFP.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de

una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Tampoco le asiste razón al juez de primera instancia, al indicar que al realizar afirmaciones en la demanda, es la demandante quien tiene la carga de la prueba sobre la falta de información. Ya que sin importar la forma en que se redactaron los hechos, es totalmente claro que la actora por medio de su apoderada manifiesta que no se cumplió con el deber de información.

Así se desprende del hecho número nueve del escrito genitor, en el cual se dijo textualmente lo siguiente:

“•LA AFP PORVENIR, nunca le informo a mi mandante las implicaciones de trasladarse del régimen pensional.

• LA AFP PORVENIR, nunca puso en conocimiento de mi mandante que, con su decisión de traslado de régimen pensional, perdería los beneficios de pensionarse en el régimen de prima media.

• LA AFP PORVENIR, no le informo a mi mandante sobre la posibilidad que tenía de devolverse al R.P.M o de retractarse de su afiliación.

• LA AFP PORVENIR, nunca informo a mi mandante previo a su afiliación, las desventajas del traslado al régimen de ahorro individual.

• LA AFP PORVENIR, no ilustro a mi mandante al momento de la afiliación sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno y otro régimen pensional.”

De conformidad con lo anterior, se hace necesaria la inversión de la carga de la prueba, siendo las demandadas quienes tienen que proporcionar pruebas que demuestren el cumplimiento del deber de información, situación que no se dio en el proceso, tal como se indicó anteriormente.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Porvenir S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a declarar la ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 26 de enero de 1999.

Aunado a lo expuesto previamente, se evidencia un incumplimiento al deber de información y una actitud desleal por parte de las AFP demandadas, quienes entregaron a los empleadores de la señora Saidi Ruth Briceño García formularios de afiliación con el fin de que fueran ellos quienes ordenaran los traslados de AFP a sus trabajadores sin permitirles informarse y

decidir sobre a cuál régimen de pensiones y/o administradora estar afiliado, pasando por alto también la función social que tienen las administradoras de pensiones.

En concordancia con lo anteriormente señalado, en la sentencia de radicado 31989 del 09 de septiembre de 2008, con magistrado ponente Dr EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS, establece:

Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, -desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, "/a dirección, coordinación y control" de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares.

Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social.

La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público.

Ciertamente las administradoras de pensiones son en esencia fiduciarias del servicio público de pensiones, razón por la cual su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre si una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez.

Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.”

Siendo así procedente la declaratoria de ineficacia de traslado al encontrarse que la AFP Porvenir S.A. no cumplió con su deber profesional de ilustrar a la actora, al entregar indiscriminadamente formularios de afiliación a los trabajadores sin dar siquiera la más mínima información sobre las implicaciones dicho acto jurídico, vulnerando los derechos del trabajador como afiliado al sistema general de pensiones.

Adicionalmente, se advierte que, en el presente asunto, no fue motivo de controversia que el formulario utilizado para efectos de legalizar el traslado de la accionante, correspondía a los formatos que comúnmente utilizaba la accionada Porvenir S.A, tanto así, que fue la misma administradora de pensiones quien aportó el formulario.

Razón por la que no es posible absolver a las demandadas por la omisión de la asesoría y por ende del deber de información, ya que nadie se puede favorecer de su propia culpa y no es dable para esta sala aceptar la teoría expuesta por el a quo que indica, que por el hecho de existir inconsistencias en los hechos de la demanda y lo expresado en el interrogatorio de parte, es procedente la declaratoria de la excepción de inexistencia de la obligación. Aclarando que tanto en la demanda, como en el interrogatorio de parte es bastante clara la manifestación de la demandante con respecto al incumplimiento del deber de información.

Lo anteriormente expuesto conduce a esta Sala a revocar en su totalidad la sentencia del 05 de marzo de 2024, y en su lugar declarar la ineficacia del traslado efectuada por la actora el 26 de enero de 1999.

Por otra parte, y como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado, se debe señalar que la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, ha indicado que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen

pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada. La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, expuso lo siguiente:

En primer lugar, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en

el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

En los anteriores términos quedan resueltos el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

COSTAS

Costas y agencias en derecho en esta instancia será la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas, teniendo en cuenta que desde la contestación de la demanda se opusieron a las pretensiones de la misma.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR EN SU TOTALIDAD la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá con fecha 05 de marzo de 2024 y en su lugar, resolver:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por SAIDY RUTH BRICEÑO GARCÍA del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado para la época del traslado por la AFP Porvenir S.A, así como las ineficacias de traslado horizontal realizados a Horizonte en 2001, a ING en 2003 y a Colfondos S.A. en 2010, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., para que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, transfiera a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los aportes, bonos pensionales en caso de que ya se encuentren redimidos y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorros del demandante.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP COLFONDOS S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: Las costas de primera instancia serán a cargo de las demandas y en favor de la demandante. En esta instancia se condena en costas y agencias en derecho por la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

(Con Salvamento de Voto)

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Saily Ruth Briceño García

Demandados: Colpensiones, Colfondos S.A., y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105032-2021-00608-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas:

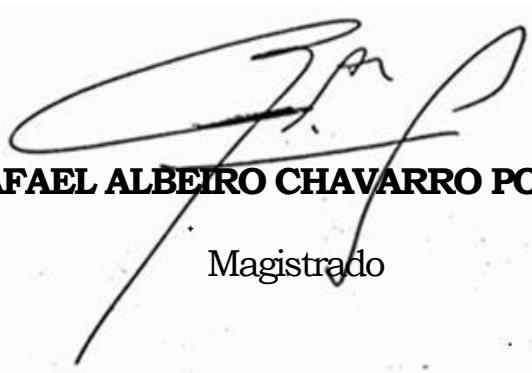
De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas

consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc* -desde siempre-, y no *ex nunc* -desde ahora-.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de Seguridad social en Pensiones.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA CECILIA GONZALEZ PAEZ contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-037-2022-00440-01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 09 de abril de 2024 proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

La demandante Martha Cecilia González Paez, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la ineficacia de traslado de régimen, del ISS a Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, devolviendo todos los valores que hubiere recibido con motivo de la 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. De igual manera, solicita que se condene a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada, junto con los valores trasladados del RAIS.

Por último, que se condene a las demandadas al pago de costas, agencias en derecho, o ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones indica que nació el 13 de enero de 1968 y se afilió al sistema general de pensiones con el RPM el 01 de octubre de 1989, cotizando un total de 210 semanas con el ISS.

En 1995 se trasladó a Porvenir S.A. sin recibir información suficiente, y desde la afiliación al RAIS, hasta el 30 de septiembre de 2022, ha cotizado un total de 1.375 semanas, cotizando un total de 1.585 semanas.

Que Porvenir S.A. le informó que el valor de su mesada pensional para el año 2025, fecha en la que cumplirá 57 años de edad, sería de \$ 1.816.195 en el RAIS.

Que el 03 y 04 de octubre solicitó ante Colpensiones y Porvenir, respectivamente, que se declare la ineficacia de traslado efectuada en diciembre de 1995.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 12 de diciembre de 2022, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Colpensiones y Porvenir S.A., contestaron la demanda en los términos del archivo 05 y 06 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 09 de abril de 2024 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante MARTHA CECILIA GONZÁLEZ PÁEZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. que tuvo como fecha de suscripción el 22 de noviembre de 1995. En consecuencia, se DECLARA válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con

prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima durante todo el periodo de vigencia de la afiliación, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A. se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) S.M.M.L.V. de esta anualidad a favor de la demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

QUINTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con los expuesto en la parte motiva de la decisión.”

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que se ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de esos traslados de régimen pensional ante la inobservancia de las AFP en el deber de información, esos lineamientos están estipulados en diversas sentencias como la SL1421 de 2019, SL1452 de 2019, SL1689 de 2019 y SL4811 de 2020.

La corte ha sido clara al indicar que el simple consentimiento en el formulario de afiliación es insuficiente, la sala de casación laboral ha indicado que las afirmaciones consignadas en los formatos no son suficientes para demostrar el deber de información que a lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.

Otro parámetro normativo y relevante es la inversión de la carga de la prueba, le corresponde a las AFP que cumplieron con el deber de información, sumado al hecho de que en su calidad de administradora tenían la obligación de cumplir con su objeto social.

En el caso concreto, se acredita que la demandante se encontraba afiliada al ISS, desde 1989 hasta 1995. Acreditada su afiliación al RPM, se advierte que fue acreditado que realizó traslado a Porvenir S.A. el 22 de noviembre de 1995.

El formulario de afiliación suscrito por la demandante contiene la información laboral y personal exigida, por lo que en principio se puede colegir el cumplimiento de los requisitos formales. No obstante, el formulario no es prueba suficiente del deber de información, pues no se advierte que se le suministró información a la demandante.

Se destaca la declaración de parte rendida por la demandante, en donde indicó que en 1995 se trasladó al RAIS por medio de Porvenir S.A, ya que le indicaron que el ISS iba a finalizar, además se le advirtió que se le garantizaría la posibilidad de pensionarse.

No se acreditan elementos probatorios que puedan llevar al juez a la conclusión de que se cumplió con el deber de información. Por todo lo anterior, se advierte que hay lugar a la aplicación de la regla de excepción creada en la jurisprudencia, respecto al caso particular de la demandante, sobre la prohibición del traslado, debido a la falta de demostración del deber de información.

Grado jurisdiccional de consulta.

Dado que la sentencia fue adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el grado jurisdiccional de consulta con auto del 17 de junio de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal 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. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben 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"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan 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. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a Porvenir S.A, del 22 de noviembre de 1995, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida 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”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante en la audiencia celebrada el 09 de abril de 2024, visible en el archivo 12 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que la asesora de Porvenir S.A. le indicó que el ISS se iba a acabar y le ofreció afiliarse a Porvenir S.A. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte de la demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el

capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Porvenir S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 22 de noviembre de 1995, como lo determinó el *a quo*.

En los anteriores términos queda resuelto el grado jurisdiccional de consulta.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, con fecha 09 de abril de 2024, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

(SALVA VOTO)

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Martha Cecilia González Páez

Demandados: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105037-2022-00440-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne al indebido surtimiento del grado jurisdiccional de consulta del proveído de primer grado:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas

consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc* -desde siempre-, y no *ex nunc* -desde ahora-.

Colofón de lo anterior, es de precisar que, independientemente de la postura que se acoja respecto la devolución de los referidos emolumentos, esta Colegiatura debe surtir el grado jurisdiccional de consulta sobre dicho asunto, vista su incidencia en la sostenibilidad financiera del **RPMD**; de no ser así, se estaría pretermitiendo la segunda instancia, en perjuicio del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia de Colpensiones, determinación que quien suscribe no puede avalar, razón por la cual salvo parcialmente mi voto.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MELBIN ROLF ESCUDERO CANO contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-041-2022-00158-01.

AUTO

Previo al estudio de los recursos de apelación, así como del grado jurisdiccional de consulta, la Sala advierte que mediante memorial del 27 de agosto de 2024 el apoderado de Colfondos S.A. presenta solicitud de terminación del proceso en atención a la promulgación de la Ley 2381 de 2024 *“Por medio de la cual se establece el Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, Invalidez y Muerte de origen común, y se dictan otras disposiciones”*. Pese a lo anterior, debe señalarse que la terminación del proceso únicamente procede por solicitud de la parte demandante, quien es la legitimada para disponer del derecho en litigio o, mediante la sentencia ejecutoriada que pone fin al mismo; sin que ninguna de estos eventos se haya presentado en el asunto bajo estudio. Por este motivo, se negará la solicitud de terminación del proceso presentada por el apoderado de Colfondos S.A.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colfondos S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 29 de abril de 2024 proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

El demandante Melbin Rolf Escudeo Cano, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se decrete la nulidad y/o ineficacia de la continuidad en la vinculación al régimen de ahorro individual con la demandada Colfondos S.A.

Adicionalmente solicita que se ordene a Colfondos S.A. a trasladar los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados. De igual manera, que se ordene a Colpensiones a recibir el traslado de régimen.

Por último, que se condene a las demandadas al pago de costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones indica que nació el 12 de septiembre de 1960 y cotizó en el ISS de 1979 a 1995, fecha en la que se trasladó a Colfondos S.A. ya que la funcionaria de esta AFP le indicó que posiblemente el ISS iba a desaparecer.

Que las administradoras de pensiones no le brindaron la información sobre el término que tenía para trasladarse de régimen, en qué consistía la rentabilidad de los fondos privados o que la pensión con las AFP podía variar en el transcurso del tiempo.

Que solicitó el traslado de régimen a Colfondos S.A. y Colpensiones, dichas solicitudes fueron negadas por las respectivas entidades.

Actuación procesal

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 02 de junio de 2022, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Colpensiones y Colfondos S.A, contestaron la demanda en los términos del archivo 06 y 07 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 29 de abril de 2024 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por MELBIN ROLF ESCUDERO CANO 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 COLFONDOS 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 del 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.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP COLFONDOS S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandada AFP COLFONDOS S.A., y a favor del actor, en la suma única de \$1.300.000.

SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.”

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que si bien existe en la jurisprudencia y doctrina probable, incluso dentro del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, frente al proceso de ineficacia del traslado como son las sentencias con radicado 31989 de 2008 SL1426 de 2019, 1688, 1689 de esa anualidad, SL3349 de 2021, 2932 de 2022 entre otras, se debe recordar que la corte en este tipo de providencias ha indicado que, si en efecto se acredita que no se verificó una debida asesoría por parte de la AFP al demandante que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, esto teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

Desde el comienzo del funcionamiento del sistema de seguridad social, con la creación de la ley 100 de 1993 existió el deber de información, si bien, este deber ha evolucionado con el tiempo, el juzgado evaluará este deber fundado en el artículo 13 literal b, artículo 271 y 272 de la ley antes mencionada, así como en el artículo 97 numeral primero del decreto 663 del

mismo año. En esta etapa la AFP debió haber realizado por lo menos ilustración de características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

En el proceso no se demostró el cumplimiento de este deber por parte de la AFP Colfondos S.A, a pesar de la existencia del formulario firmado de forma libre y voluntaria, este no es suficiente para demostrar el deber de información.

La excepción de prescripción no es viable declararla, toda vez que la ineficacia de traslado conlleva a la afectación del derecho irrenunciable a la seguridad social, en especial la pensión, que es de carácter imprescriptible. Por ende, el medio exceptivo en cita no se encuentra demostrado.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

La apoderada de Colfondos S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque en su totalidad ya que el demandante ejerció su derecho de libre elección de su régimen pensional conforme al artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993 y conforme a las pruebas allegadas al plenario, junto con el interrogatorio de parte, se concluye que el traslado se efectuó de manera libre, voluntaria y de conformidad con las disposiciones legales vigentes, voluntad que quedó plasmada por medio de su firma para la fecha en que se afilió.

No hubo vicios de consentimiento y Colfondos S.A. suministró la información requerida por ley para la data del traslado de régimen pensional.

El demandante como consumidor financiero tiene el deber de cuidado dada la naturaleza del fondo privado en el que se encuentra afiliado, por lo que mal se haría en hacer recaer la responsabilidad a las demandadas.

El artículo 2 de la ley 797 de 2003 modificó la ley 100 de 1993, y en virtud de esas modificaciones se establece que un afiliado no podrá cambiar de régimen cuando le falten 10 años o menos para alcanzar la edad requerida para pensionarse, el demandante se encuentra en este periodo. La ley establece la prohibición de llevar a cabo el traslado del RAIS al RPM.

Antes de la promulgación de la ley 1758 de 2014 y del decreto 2071 de 2015 no existía obligación por parte de los fondos de pensiones de hacer proyecciones en el momento en que el afiliado optaba por realizar el traslado de régimen, por ende, la condena al fondo implicaría una retroactividad normativa, expresamente prohibida por la legislación colombiana.

Con respecto a la condena a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, va en contra del artículo 7 del decreto 3995 de 2008, que regula de manera taxativa los rubros objeto de traslado, sin hacer mención de los rubros anteriormente mencionados.

Desde la perspectiva del seguro previsional, se prestó el servicio contratado, la aseguradora asumió riesgos de invalidez y muerte, el contrato fue ejecutado conforme a sus términos y efectos, los cuales no deben retrotraerse ante una eventual declaración de ineficacia pues constituiría un enriquecimiento injustificado en favor de Colpensiones.

La ineficacia no puede revertir actos y contratos con las aseguradoras que ya fueron consumados y obligar a la devolución de la prima de seguro previsional sería un atentado contra el deber de administración de la seguridad social.

La legislación colombiana, respecto de los traslados de régimen pensional es clara en cuanto a las condiciones que puede llevar a su nulidad o ineficacia y el factor económico no está numerado como una de estas condiciones.

Solicita dar aplicación inmediata de la decisión de la sentencia SU 107 de 2024 en donde se dispuso la modulación del precedente de la corte en relación con el manejo probatorio en los casos de ineficacia de traslado del RPM al RAIS, según la Corte Constitucional, el precedente actual resulta desproporcionado y vulnera el derecho constitucional al debido proceso.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 11 de junio de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; y ii) Si se debe absolver a la demanda

Colfondos S.A. de la condena de devolución de gastos de administración y seguros previsionales.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal 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. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360-2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben 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"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan 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. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó

desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a Colfondos S.A., del 24 de noviembre de 1995, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad el afiliado hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliado.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida 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”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco

es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)''.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por el demandante en la audiencia celebrada el 24 de abril de 2024, visible en el archivo 17 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que la asesora de Colfondos S.A. le indicó que el ISS se iba a acabar. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte del demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que, en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Colfondos S.A. dio información transparente y completa al afiliado sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que el demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó el demandante el 24 de noviembre de 1995, como lo determinó el *a quo*.

Gastos de administración

Ahora bien, como lo indicó el *a quo*, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, que en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima,

ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada. La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, expuso lo siguiente:

En primer lugar, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, se adoptará esta nueva postura por parte de esta Sala, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, dado que Colfondos S.A. apeló lo relacionado con las primas de seguros previsionales y los gastos de administración, se revoca parcialmente el numeral **segundo** de la sentencia de primera instancia. Esto se hará con el propósito de exonerar a la entidad de dichos conceptos, condenando únicamente a la devolución de los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional si fue pagado, con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación presentado por las demandadas.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la AFP COLFONDOS S.A., a transferir a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del 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. Y en su lugar **CONDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A. a transferir a COLPENSIONES los aportes y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorros del demandante, bono pensional en caso de que ya se hubiera redimido y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

(SALVA VOTO)

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Melbin Rolf Escudero Cano

Demandados: Colpensiones y Colfondos S.A.

Radicado: 110013105041-2022-00426-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a: i) la no devolución de las cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas y ii) el indebido surtimiento del grado jurisdiccional de consulta del proveído de primer grado:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros

previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Por último, es de precisar que, independientemente de la postura que se acoja respecto la devolución de los referidos emolumentos, esta Colegiatura debe surtir el grado jurisdiccional de consulta sobre dicho asunto, vista su incidencia en la sostenibilidad financiera del **RPMD**; de no ser así, se estaría pretermitiendo la segunda instancia, en perjuicio del derecho constitucional

de acceso a la administración de justicia de Colpensiones, determinación que quien suscribe no puede avalar, razón por la cual salvo parcialmente mi voto.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado