



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SANTA ROSA DE VITERBO

SALA ÚNICA

EDICTO No. 159

LA SUSCRITA SECRETARIA DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, POR MEDIO DEL PRESENTE EDICTO NOTIFICA A LAS PARTES LA PROVIDENCIA DE FECHA 08 DE NOVIEMBRE DE 2022, QUE EMITE SENTENCIA DICTADA DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL RADICACIÓN No. 15238 31 05 001 2020-00042-01

DEMANDANTE(S) : MARTHA OTILIA SALAMANCA RODRÍGUEZ.

DEMANDADO(S) : AFP COLFONDOS Y OTRA.

FECHA SENTENCIA : NOVIEMBRE 08 DE 2022.

MAGISTRADO PONENTE : Dr(a). JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL.

EL PRESENTE EDICTO SE FIJA EN LA PÁGINA WEB DE LA SECRETARIA DE LA SALA UNICA POR UN DIA (1) HÁBIL, HOY 09/11/2022 a las 8:00 am, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del C.P.T.S.S., en concordancia con el artículo 40 ibídem y la notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del Edicto.

RUTH ALCIRA COMBARIZA ROJAS
Secretaria

El presente EDICTO se desfija hoy 09/11/2022 a las 5:00 p.m.

RUTH ALCIRA COMBARIZA ROJAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
SALA UNICA

ACTA DE DECISIÓN NÚMERO 283

MAGISTRADO PONENTE: JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL

Santa Rosa de Viterbo, jueves, tres (03) de noviembre de dos mil veintidós (2022), se reunieron los suscritos Magistrados integrantes del Tribunal Superior del Distrito Judicial, doctores EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA y JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL, quien preside el acto como Magistrado Ponente, con el fin de estudiar el proyecto laboral con radicado 202000042 siendo demandante MARTHA OTILIA SALAMANCA RODRÍGUEZ y demandado AFP COLFONDOS S.A. y Otra, el cual fue aprobado por la mayoría de la Sala. Estando la Magistrada GLORIA INÉS LINARES VILLALBA con ausencia justificada.

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

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado Ponente

(Con ausencia justificada)
GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada

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

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SANTA ROSA DE VITERBO SALA ÚNICA

Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación
Ley 1128 de 2007

RADICACIÓN:	152383105001202000042 01
PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
JUZGADO:	JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO DE DUITAMA
INSTANCIA:	SEGUNDA – APELACION Y CONSULTA
PROVIDENCIA:	SENTENCIA
DECISION:	ADICIONA Y CONFIRMA
DEMANDANTE:	MARTHA OTILIA SALAMANCA RODRÍGUEZ
DEMANDADA:	AFP COLFONDOS S.A. y Otra
APROBACIÓN:	Acta N° 283 Sala discusión 03 de noviembre de 2022
M SUSTANCIADOR:	JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL Sala Segunda de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, martes, ocho (08) de noviembre de dos mil
veintidós (2022)

Procede este Tribunal Superior del Distrito Judicial, a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Duitama, observándose cumplidos los presupuestos procesales, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado.

1. ANTECEDENTES RELEVANTES:

1.1. El 9 de diciembre de 2019, mediante apoderado judicial, Martha Otilia Salamanca Rodríguez, instauró demanda ordinaria laboral dirigida al Juez Laboral del Circuito de Tunja Boyacá (reparto), en contra de la Administradora de Pensiones y cesantías – “Colfondos” S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”.

1.2. Como **sustento fáctico** expresó:

1.2.1. Adujó que nació el 28 de julio de 1961, y que a la fecha de la interposición de la demanda tenía cincuenta y ocho (58) años, que su

afiliación al Instituto de Seguro Social hoy AFP Colpensiones se hizo para el 28 de julio de 1986; que realizó cotización con la última AFP hasta 31 de diciembre de 1997 acreditando un total de 594 semanas, fecha en que fue trasladada al régimen de ahorro individual, “Citi Colfondos Pensiones y Cesantías” hoy “Colfondos S.A.”

1.2.2. Del mismo modo, refirió que cuenta con más de 1300 semanas cotizadas al RAIS Colfondos S.A., considerando que el traslado mencionado anteriormente se constituyó con un vicio de nulidad, en razón que a la fecha de traslado no existió un consentimiento debidamente informado por la demandada “Colfondos S.A.”, teniendo cuenta que para el momento de dicho traslado la entidad omitió una debida información, pues no hubo una asesoría clara, completa, profesional, expresa y suficiente al instante de realizarse dicho traslado; agregando que al momento de la afiliación el funcionario de “Colfondos” le comentó que el ISS se liquidaría y podría perder los aportes que ostentaba en el sistema RSPPD. Resaltó que la AFP Colfondos S.A. contaba con personal no capacitado para adelantar una asesoría sobre pensiones sino denotaban ser expertos en ventas; del mismo modo asegura que AFP Colfondos en ningún momento de manera expresa realizó una proyección comparativa de la pensión para establecer si era conveniente para la demandante el cambio de régimen.

1.2.3. Expresó que en ningún momento se le informó expresamente su expectativa de pensión sino por el contrario le manifestaron que la entidad la pensionaría en la edad y con el monto que quisiera, induciéndola en error; afectándole el mínimo vital al momento en que se otorgue la prestación a su favor puesto que las diferencias de las mesadas pensionales entre el RAIS y RSPPD son abismales, siendo que el primero no superaría los dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, caso contrario que en la AFP Colpensiones si superaría los salarios mencionados; destacando que la edad de la demandante, el IBL de sus aportes en los últimos diez (10) años y las semanas cotizadas obtendría una tasa de remplazo sobre el 75.70%, insistiendo que dicho monto sería muy favorable y mejor al que otorgaría la AFP Colfondos.

1.3. Pretensiones:

Solicitó se declare la nulidad absoluta de la afiliación, que implicó un traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), realizada en diciembre de 1997; se declare que pertenece al Régimen de Prima con Prestación Definida y que se encuentra afiliado a la AFP Colpensiones. Como pretensiones condenatorias solicitó que se trasladen el total de los recursos que se encuentren en la AFP Colfondos S.A a AFP Colpensiones, se condene a la AFP Colpensiones a reconocer la pensión de vejez a su favor por cumplir los requisitos para dicha prestación, que se condene a Colpensiones conforme a las facultades *ultra* y *extrapetita* conforme con lo que se pruebe dentro del proceso, y que se condene en costas procesales a las entidades demandadas.

1.4. Trámite:

1.4.1. Mediante providencia del 23 de enero del año 2020, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Tunja dispuso no avocar conocimiento concorde al artículo 11 del Código Procesal del Trabajo, argumentando que como se demuestra en el folio 42, el formulario de afiliación se radicó en el municipio de Duitama, como la reclamación o solicitud de ineficacia de traslado se realizó en el mismo municipio. En consecuencia, el despacho declaró no ser competente para conocer del proceso enviándolo al Juzgado Laboral del Circuito de Duitama. Corolario de lo anterior, el 20 de febrero del 2020 el Juzgado en mención, se pronuncia frente a la remisión confirmando que como lo demuestra el acervo probatorio, la reclamación administrativa se realizó en el municipio de Duitama para lo que resuelve asumir el conocimiento del proceso y admitir la demanda instaurada por Martha Otilia Salamanca Rodríguez en contra de AFP Colfondos S.A y AFP Colpensiones.

1.4.2. La **Administradora Colombiana de Pensiones** “Colpensiones” **contestó** la demanda el 18 de agosto de 2020, como consta en el expediente digital, en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo que el trabajador posee el derecho de libre escogencia de régimen pensional

entre régimen de prima media o el régimen de ahorro individual con solidaridad contemplado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sustenta que en la observancia de la solicitud el 21 de octubre de 2019 la demandante tenía cincuenta y ocho. (58) años, lo cual la imposibilitaba para realizar el traslado de régimen por la norma *ibidem*, así las cosas consideró que no es procedente declarar la ineficacia del traslado del RAIS, en el entendido que se encuentra válidamente afiliada a dicho régimen, y que su traslado se efectuó de forma voluntaria tal como se establece en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, señalando que la demandante en su libre escogencia de régimen aceptó las condiciones inmersas del traslado, resaltando que el desconocimiento de cualquier disposición no es argumento válido para alegar la nulidad solicitada.

1.4.2.1. Prosigue argumentando, que el traslado se realizó en 1997 para lo cual en esa fecha se tenía lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1328 de 2009 donde se expresa el contenido de la información al consumidor financiero y que solo a partir del año 2014 se fijó como condición previa a algún traslado de régimen pensional, por lo que, para la fecha de traslado era imposible proyectar una prestación pensional porque cuanto no se contaba con toda la información de aportes del afiliado, como de igual forma no se tenía la herramienta que otorgó el Decreto 2071 de 2015 en el entendido que dicha norma es posterior a la afiliación o traslado, decantando que dicha proyección sería una mera expectativa sin ninguna certeza, creando una mala información y que igualmente la demandante no solicitó proyección alguna. Así mismo expuso que la actora no cumple con los requisitos para acceder a la prestación dispuesta en la Ley 797 de 2003, primero por tener cincuenta y ocho. (58) y segundo porque para el 01 de abril de 1994 no contaba con las setecientas cincuenta (750) semanas mínimas para ser beneficiaria de la norma *ibidem*, de tal forma arguyó la entidad que las pretensiones declamadas por la parte activa no están llamadas a prosperar, por carecer de sustentos fáctico y legal, señalando que en virtud de la relatividad jurídica, Colpensiones es un tercero dentro del asunto, pues el mismo se debate el traslado de un régimen promovido entre las AFP y la parte demandante teniendo efectos interpartes.

1.4.2.1. Como **excepciones de fondo**, propuso la “*falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, imposibilidad del traslado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, enriquecimiento sin justa causa, improcedencia de costas e intereses en contra de Colpensiones, conmutación pensional, prescripción, prescripción de la acción y la innominada o genérica.*”

1.4.3. El 03 de junio del 2021, la **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías “Colfondos S.A.”** contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones relacionadas en la misma resaltando que la entidad informó en debida forma a la afiliada cumpliendo con el deber de buen consejo, acto en el que medió la libertad y voluntad de la afiliada al haber decidido por un régimen u otro, de tal forma consideró que no existió vicio de consentimiento, ni inducción al error al momento de la firma del formulario de vinculación a la entidad, expuso que para el momento de la afiliación no era obligatorio documentar la asesoría ofrecida por cuanto no existían las Leyes 1328 de 2009 y 1748 de 2014, que dicha asesoría se realizaba de forma verbal con una explicación clara y transparente mencionándole a la persona las ventajas y desventajas de los diferentes regímenes pensionales, así como también, se les informaba por parte del área comercial que si era posible pensionarse anticipadamente en el RAIS una vez cumplidos los requisitos exigidos, en concordancia con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, que pueden realizar sus aportes voluntarios de forma periódica u ocasional, arguyó que los asesores de Colfondos están calificados y capacitados para ofrecer una óptima asesoría sobre las características, condiciones, de ambos regímenes, como el producto financiera que ofrece la entidad, precisando que de dicha asesoría no existen soportes o documentos que prueben la información brindada, que los asesores manifestaron la información pertinente, eficaz y veraz de los regímenes pensionales. De igual forma, aseguró que la afiliada en ningún momento se preocupó por su situación pensional siendo que Colfondos S.A tienen diferentes canales de comunicación. Finalmente insistió que la vinculación se dio de forma libre, voluntaria e informada, razón por la

cual dicha afiliación como acto nació a la vida jurídica y se encuentra exento de vicios del consentimiento.

1.4.3.1. Propuso como **excepciones de fondo**, *“la prescripción, prescripción de la acción de nulidad, falta de legitimación en la causa por pasiva, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y buena fe.”*

1.4.4. En proveído del 26 de agosto de 2021, el juzgado de conocimiento tuvo por contestada la demanda por las demandadas, fijando fecha para la realización de la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social para el 16 de noviembre de 2021. En la precitada se declaró fracasada la etapa de conciliación, la entidad demanda AFP Colpensiones propone como excepción previa falta de agotamiento de la reclamación administrativa, la que el despacho declaró infundada, sustentó la ineficacia y nulidad del traslado ante Colpensiones el 19 de octubre de 2019, por lo cual la AFP Colpensiones tenía por entendido las consecuencias de la ineficacia del mismo como la responsabilidad al prosperar la solicitud elevada de tal forma no habría cabida a la petición de la pensión vejez, pues el debate se fija en la ineficacia del traslado, notificada la decisión en estrados, la demandada AFP Colpensiones formuló reposición y apelación, argumenta dicho recurso sosteniendo que la accionante no elevó solicitud de pensión vejez, sino la ineficacia del traslado para lo cual considera que lo pertinente para agotar la reclamación administrativa sería la solicitud de la prestación, estando afiliada a la entidad, cosa que no acontece en el caso presente al estar afiliada al RAIS; el despacho resuelve no reponer la decisión y conceder el recurso de apelación en efecto suspensivo, recurso que igualmente fue negado por este Tribunal Superior.

2.4.5. Continuando el trámite procesal, una vez resuelto el recurso de alzada por medio de providencia de 16 de marzo de 2022, se fija el día 02 de mayo de 2022 la continuación de la audiencia que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo. Una vez instalada la audiencia en la fecha indicada, se prosiguió con el saneamiento del proceso, no encontrando causales que

invalidaran lo actuado; se fijó el litigio; se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y se señaló fecha para la audiencia del artículo 80 *eiusdem* para el 6 de septiembre de 2022.

1.5. Sentencia de primer grado:

El 6 de septiembre de 2022 el Juzgado Laboral del Circuito de Duitama profirió sentencia en la que dispuso: “**PRIMERO:** DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado de la señora MARTHA OTILIA SALAMANCA RODRÍGUEZ el 01 de febrero de 1998 del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP COLFONDOS S.A. **SEGUNDO:** DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, conforme a las motivaciones dadas en la parte motiva de esta sentencia. **TERCERO:** ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, los bonos pensionales, y lo recaudado por comisiones y gastos de administración, debidamente indexados durante todo el tiempo que MARTHA OTILIA SALAMANCA RODRÍGUEZ permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima. **CUARTO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a admitir el traslado del régimen pensional de la señora MARTHA OTILIA SALAMANCA RODRÍGUEZ efectuando la actualización de su historia laboral. **QUINTO:** CONDENAR en costas a la demandada AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a favor de la demandante. Como agencias en derecho se fija un (1) SMLMV a cargo de cada una de ellas. Sin condena en costas frente a COLPENSIONES por lo señalado en la parte motiva. **SEXTO:** Como la sentencia que se profiere es desfavorable a COLPENSIONES, se debe enviar en CONSULTA al Honorable Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, así sea apelada esta sentencia”.

1.5.1. En la decisión de instancia **se argumentó**, que los traslados por ineficacia de los RPMPD administrada por Colpensiones y RAIS administrado por Colfondos S.A., debía analizarse desde la ineficacia en sentido estricto, para lo cual rememoró lo expuesto por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su sentencia SL 3895 de 2021 *“cuando se cuestione un acto de traslado se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no de un régimen de nulidades sustanciales”*, es decir que le corresponde a la operaria judicial verificar la existencia de un consentimiento claro e informado previo a realizar el cambio de régimen pensional, de la misma forma el despacho precisó que se debía despejar la duda sobre quien recae la prueba de que la demandante fue debidamente informada, refiriéndose a las consecuencias de su decisión de cambio de régimen pensional, para lo cual expuso lo indicado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la que indicó: *que en tal caso la carga de la prueba se invierte a favor de la afiliada por lo que le corresponde a la AFP acreditar que en efecto se le dio al afiliado información clara, comprensible y diáfana sobre las consecuencias reales en el cambio de régimen”*, lo anterior en base en lo analizado por dicha corporación en la sentencia SL 1688 de 2019.

1.5.2. Prosigue la Juez de conocimiento, indicando que según lo probado en el proceso y los términos jurisprudenciales decantados anteriormente, correspondía a la AFP Colfondos S.A. comunicarle debidamente a la accionante de forma clara, entendible, oportuna y veraz sobre los riesgos, las consecuencias, los beneficios y las desventajas que acarrearía el cambio de régimen, para lo que, la parte activa aseguró en el escrito de la demanda que Colfondos S.A., no le había informado ni explicado sobre las consecuencias graves que implicaba el traslado de régimen pensional, entendiendo que dichas afirmaciones debían ser desvirtuadas por la AFP Colfondos S.A conforme con el inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso, el cual señala la inversión probatoria; en consecuencia que al no haber probado la demandante que no se le brindó la asesoría adecuada y completa le correspondía a la AFP Colfondos S.A. acreditar que si lo hizo, y que en

efecto la afiliada recibió la información adecuada para el momento de su cambio de régimen pensional.

1.5.3. Corolario precisa que en el transcurso del tiempo la obligación de información ha tenido una evolución jurisprudencial importante en cuanto la responsabilidad de las AFP de ofrecer asesoría clara, precisa y transparente al usuario, determinándose la existencia de tres fases: primera desde 1993 hasta el 2009 las administradora del fondo de pensiones debía suministrar información necesaria clara y transparente al afiliado antes de que realizará el cambio de régimen, segundo desde 2009 hasta el 2014 la administradora del fondo de pensiones y además de asesoría como el buen consejo al afiliado para efectos del cambio a realizar, finalmente desde el 2014 en adelante se establece lo que se le ha denominado doble asesoría. Las cosas así en el caso que atañe la demandante se enmarca en el primer periodo por realizar su traslado al RAIS en 1997, para lo cual era deber de Colfondos S.A suministrar una información clara y transparente sobre las características de los dos regímenes pensionales, de la misma forma y dado que la AFP Colfondos no acreditó que haya realizado la asesoría completa, clara y necesaria sobre los dos regímenes pensionales antes de que tomara la decisión la demandante se daría en principio la ineficacia solicitada, de igual forma aclaró el despacho que en la contestación de la demanda por parte de AFP Colfondos no adjuntó prueba alguna, documental o testimonial que validara que dicha información se le brindó a la demandante para así darle firmeza a lo contestado en la demanda, por tal motivo no se tiene como cierto lo argumentado por la AFP Colfondos, resalta el despacho que tampoco se allegó al acervo probatorio el formulario de afiliación en el que apareciera plasmada la firma de la accionante.

1.5.4. Para las afirmaciones de la AFP Colpensiones en la contestación de la demanda entre las que menciona que las pretensiones del proceso no están llamadas a prosperar en el entendido que a la accionante le faltan menos de diez (10) años para pensionarse, no es posible realizar dicho traslado pues se estaría contrariando lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el cual define que el traslado de régimen debe hacerse antes de faltar diez (10) años para la obtención de la prestación, el Juzgado refiere que en el caso no se

esta hablando de un traslado normal de régimen, sino de una ineficacia, de uno que ya se realizó para lo cual no aplicaría la norma. De la misma forma Colpensiones asegura que conceder las pretensiones lesionaría el equilibrio y sostenibilidad del sistema de pensiones, cosa que no aplicaría al caso en base a lo mencionado en la sentencia SL 3894 de 2021 Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto sostiene que al darse la ineficacia del traslado se iguala a que las cosas se retrotraen al estado que se encontraban, esto sería como si el traslado nunca hubiera ocurrido y en consecuencia se reintegra a Colpensiones todos los recursos tras el reconocimiento de la pensión conforme al RPMPD.

1.5.5. Aborda el despacho el tema de prescripción que las demandadas alegan en la respectiva contestación, para lo que se señala lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto que existe un nexo de causalidad al derecho fundamental al sistema de seguridad social y las pretensiones de carácter declarativo no se encuentran sometidas a esta figura.

1.6. Apelación:

1.6.1. El apoderado del parte demandante una vez notificado el fallo, interpuso recurso de apelación solamente en lo referido a la no condena en costas a la AFP Colpensiones argumentando que dicha decisión genera un agravio a la demandante por los gastos que la demandante ha incurrido para lo cual decanta el artículo 365 del Código General del Proceso refiere "*que Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*" resulta aplicable en el estadio procesal del litigio remitido por el artículo 145 del Código procesal del trabajo argumenta que se debía condenar en costas a la AFP Colpensiones en el sentido que salió vencida en el proceso pues la demanda se dirigió contra las dos entidades AFP Colfondos S.A y AFP Colpensiones, para lo que procede la condena implorada conforme el primer artículo citado.

De tal manera considera la parte accionante que la AFP Colpensiones hizo oposición en la contestación de la demanda, el debate probatorio, los

alegatos de conclusión y propuso una tesis reforzada en la que no era procedente el traslado, lo cual demuestra su posición en el proceso, de lo anterior insiste la parte demandante que en la litis resultaron vencedores y las AFP demandadas resultaron vencidas por lo que se debe condenar a costas a las dos entidades.

1.7. Traslados:

1.7.1 Mediante providencia de 26 de septiembre de 2022 se corrió traslado a las partes para alegar conforme a lo dispuesto por el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Una vez vencido el termino de traslado según obra en constancia secretarial emitida por esta corporación del 12 de octubre de 2022, ninguna de las partes hizo uso de esta etapa, guardando silencio.

2. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER:

2.1. La consulta y apelación:

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

Conforme a lo alegado y pretendido, lo que se debe resolver por este Tribunal es: *(i) si la Administradora del Fondo de Pensiones Colfondos S.A. demostró que cumplió con el deber de información para con el demandante al momento de efectuarse el traslado del régimen pensional, (ii) determinar si es válido el traslado del régimen pensional que se efectuó por parte del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (Colpensiones) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (Colfondos S.A.) y, por lo tanto, si debe declararse la eficacia del mismo, o si por el contrario, es procedente la condena impuesta por la primera instancia a la Administradora del Fondo de Pensiones Colfondos S,A, y (iii) la legalidad*

de la decisión de primera instancia en el ejercicio del grado jurisdiccional de consulta.

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

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

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

2.2.3. En efecto, la jurisprudencia laboral ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzarlo cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse *“que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los*

efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito¹”.

2.2.4. Sería adecuado adicionar lo indicado en el literal c) del artículo 3 de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debe observarse con celo el principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna conforme al cual las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente clara y oportuna que permita especialmente que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos obligaciones y los costos de las relaciones que establecen con las entidades vigilantes. La información cierta sería aquella en la que el afiliado conoce los detalles y circunstancias legales del régimen, sus condiciones requisitos y las situaciones en las que se encontraría al afiliarse a él. La información suficiente se podría definir como la obligación de dar a conocer al usuario de la manera más explícita posible todo lo relacionado con lo que se pretende adquirir, por lo tanto, las informaciones incompletas deficitarias o sesgadas que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro, sería una forma de nulidad -o de ineficacia- de un acto pues lo podría conducir al error. La información oportuna, busca que esta se transmita en el momento que se debe ser, en este caso en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que la persona pueda tomar decisiones a tiempo.

2.3. El deber de asesoría y buen consejo:

2.3.1. En cuanto al deber de asesoría y buen consejo, es preciso indicar que los mismos se impusieron desde de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que, “ *i) desde la instauración del sistema integral de seguridad social de la Ley 100 de 1993 se permitió la coexistencia de dos regímenes de pensiones, RPM y RAIS, bajo principios de libre competencia; ii) en ese particular escenario, los afiliados tienen el derecho a afiliarse libremente a uno de esos regímenes y a trasladarse entre los mismos,*

¹ Sentencia CSJ SL12136-2014.

teniendo en cuenta sus particulares condiciones, intereses y necesidades; iii) no obstante, para que esa decisión sea realmente libre y voluntaria, es menester que los afiliados tengan una especie de libertad informada o consentimiento informado, que solo se logra si las administradoras de pensiones cumplen su deber de suministrar información clara, completa y transparente sobre las consecuencias del traslado, en cuanto a sus ventajas y desventajas; iv) y, para esos fines, no basta con la simple suscripción de un formulario, sino que a la respectiva entidad administradora le asiste la carga de demostrar el cumplimiento efectivo de sus obligaciones, así como su actuar diligente y honesto²

2.3.2. Por ello, en sentencia del 8 de mayo de 2019 SL1688 de 2019, radicación No. 68838 con Ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se concluye que a las AFP les es imperativo, desde su creación, el **deber de suministrar una información necesaria y transparente**, aclarando que, con el transcurrir del tiempo esta exigencia cambió, pasando de un deber de información necesaria al de **asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría**. Incluso, esta misma sentencia respecto al valor probatorio de los formularios de afiliación, ha enseñado que éstos acreditan un consentimiento, pero no informado, puesto que: *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado. (...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado. Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y*

² SL1452 de 2019

consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna”.

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

2.3.4. Teniendo en cuenta lo esbozado, del acervo probatorio allegado con la demanda y las contestaciones de las AFP demandadas, se resalta que en el expediente digital remitido no se observó formulario de afiliación diligenciado por la AFP Colfondos S.A, como ninguna otra evidencia que demostrara que el traslado se realizó en debida y legal forma. Es suficiente para esta Sala determinar que existió ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, deprecado por la parte actora, en vista a que era la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., la entidad que tenía el deber de probar el supuesto alegado por la demandante, en el sentido de que éste recibió la información exigida por la ley vigente, para que el traslado que intentaba declarado ineficaz fuera considerado libre e informado, ya que no se logró comprobar de forma testimonial ni documental, para así determinar si la decisión de traslado fue libre, espontánea e informada. A tal conclusión se llega atendiendo lo declarado por la demandante asegurando no haber recibido por parte del fondo una asesoría clara y suficiente acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como las consecuencias financieras que asumiría en cada uno de ellos, entre otras cosas; indicando además que en ningún momento se le informó la diferencia en la mesada pensional a que

estaba expuesta en los dos regímenes asegurando que es mucho más desfavorable en el RAIS.

2.3.5. De igual forma, en el curso del proceso la AFP Colfondos S.A., no cumplió con la carga que se le imponía, esto es, acreditar haber transmitido a la parte actora la información concreta y cierta, acerca de la implicación del traslado de régimen pensional, esgrimiendo como único elemento la libre y voluntaria decisión de traslado por la promotora de la *litis*, sin que existiera una prueba fehaciente que demostrara lo indicado por la entidad Colfondos, pues se reitera que no se anexó ningún documento y testimonio que probara lo dicho como tampoco existió copia u original del formulario de afiliación de la demandante Martha Otilia Salamanca Rodríguez.

2.3.6. Sumado a lo anterior, se torna menester reiterar que si los asesores(as) enviadas por la AFP Colfondos S.A. para lograr el traslado de régimen de la demandante, contaban con un conocimiento profundo de todas las posibilidades que ofrecía el RAIS, por lo que, también debían contar con un discernimiento mínimo de las limitantes que este tenía en contraste con el régimen de prima media al que pertenecía, o viceversa, por lo que debieron poner de presente al demandante –al menos de manera sucinta– esas consecuencias antes de permitirle diligenciar el formulario de vinculación; no obstante, la prueba documental sólo hubiera permitido concluir que esa trascendental decisión se limitó a la suscripción del aludido documento, sin que de ello se pueda suponer o menos probar que el deber de información fue acatado, caso que tampoco se pudo comprobar al no existir dicho formulario. Se confirmará esta parte de la decisión.

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

2.4.1. La carga de la prueba, generalmente le compete a quien alega un hecho del cual pretende consecuencias jurídicas, como claramente lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso, empero, tanto la legislación probatoria civil como la jurisprudencia laboral ha sido enfática en precisar que, esa carga probatoria recae en el fondo de pensiones, premisa que es concordante con lo estipulado en el artículo 1604 del Código Civil, el

cual señala que: *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*.

2.4.2. La jurisprudencia ha dicho que: *“pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento³.”*, regla que fue acatada en debida forma por la primera instancia, ya que determinó que dentro del acervo probatorio allegado por la AFP Colfondos S.A., no se vislumbra prueba siquiera sumaria que lograra desvirtuar el supuesto de hecho pretendido con la demanda, esto es, evidencias respecto a si se le brindó al demandante la información cierta, suficiente, comprensible y oportuna a la hora de persuadirla de trasladarse de régimen, en los que se pudiera proclamar que la actora hubiere sido informada de los efectos del traslado del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por Colpensiones S.A., al de Ahorro Individual con Solidaridad, pues claramente la demandante renunciaba al derecho pensional que ya venía construyendo con las cotizaciones que estaba realizando desde el mes de julio de 1986 hasta el momento del traslado, y además su régimen de pensión cambiaba radicalmente, puesto que Colpensiones S.A. le garantizaba una pensión de vejez en unas condiciones muy distintas y favorables a las que le liquidaría la AFP demandada.

2.5. De la prescripción de la acción de solicitud de ineficacia del traslado:

2.5.1. En este punto esta Sala refiere que frente a la prescripción argumentada por las AFP demandadas, no es posible, primero en el entendido que esta ineficacia de traslado de régimen esta conexo al derecho

³ 3 SL1452 de 2019

de pensión, el cual es conocido que su reclamación es imprescriptible, como el derecho fundamental a la seguridad social, para lo cual es pertinente resaltar lo mencionado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1197 de 2021 *«Sobre el particular, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.»* en la que además arguye *«En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.»* De la misma manera se podría decir que, mientras el derecho de pensión siga sin concederse por alguna u otra razón es reclamable, así las cosas, se entendería que la prescripción iniciaría su termino desde que el derecho se hiciera exigible esto sería cuando se defina el derecho pensional.

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

2.6.1. Al respecto, en la sentencia SL1421 de 2019, Radicación No. 56174, M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, se estableció que una de las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen era la devolución de las cuotas de administración a cargo de la AFP, señalando que: *“Devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde (sic) se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo: Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...] “La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas*

adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. “Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”, postura que fue reiterada en la sentencia SL 2611 del 1° de julio de 2020, siendo ponente el Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que se reafirma que: “Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, lo cual trae como consecuencia, que la accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que Colfondos S.A. deberá devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, aspecto sobre el cual ya la Sala se ha pronunciado en oportunidades anteriores, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989...”

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

una violación al principio de sostenibilidad financiera y/o un agravio alguno, ya que las afirmaciones que realiza el fondo público, carecen de respaldo probatorio en el plenario, esgrimiéndolas en un escenario hipotético, de carácter incierto.

2.7. La condena en costas en la primera instancia:

2.7.1. Ahora bien, respecto a la alzada referente a la falta de condena en costas en contra de Colpensiones en sede primera instancia, esta Sala discrepa de la determinación tomada por la *a quo* respecto a no condenar en costas a la demandada Colpensiones, por cuanto resulta evidente que la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y fue vencida en trámite del proceso ordinario laboral de primera instancia, por lo que debió haber sido condenada conforme al numeral 1° del artículo 356 del Código General del Proceso “1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...*”.

2.7.2. Conforme a lo anterior, esta Sala ordenara a la primera instancia que proceda a realizar la liquidación de costas y agencias en derechos respecto de la AFP Colpensiones, reiterando que se opuso y resultó vencida en primera instancia, por lo que le corresponde en derecho, cubrir dichas costas y en favor del extremo demandante.

2.8. Costas en esta instancia:

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

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

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

RESUELVE:

3.1. Adicionar el numeral séptimo de la parte resolutive de la sentencia de instancia, el cual quedará así: "*S ÉPTIMO: Ordenar al Juzgado Laboral del Circuito de Duitama a liquidar las costas y agencias en derecho en contra de la demandadas AFP COLPENSIONES y en favor de la parte demandante, por lo señalado en la parte motiva, respecto de la primera instancia.*".

3.2. En lo demás, declarar que la sentencia consultada y apelada proferida el 06 de septiembre de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Duitama, se expidió en legal forma, por lo que se confirmará parcialmente.

3.3. Sin costas en esta instancia.

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

Notifíquese y cúmplase,



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado Ponente

(Con ausencia justificada)

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado