



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Providencia	Consulta y apelación sentencia
Proceso	Ordinario Laboral
Radicación No	66001-31-05-005-2019-00344-01
Demandante	Martha Cecilia Rojas Díaz
Demandado	Colpensiones y Colfondos S.A.
Vinculada:	Porvenir S.A.
Juzgado de origen	Quinto Laboral del Circuito de Pereira.
Tema a tratar	Ineficacia de traslado contra AFP que no participó en el cambio de régimen.

Pereira, Risaralda, veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Acta de discusión No. 48 del 24-03-2023

Vencido el término para alegar otorgado a las partes, procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira a proferir sentencia con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta y desatar los recursos de apelación presentados contra la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Martha Cecilia Rojas Díaz** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones y Colfondos S.A.**; trámite al que se vinculó **Porvenir S.A.**

ANTECEDENTES:

1. Síntesis de la demanda, su contestación y crónica procesal

Martha Cecilia Rojas Díaz pretende que se declare **la nulidad de la afiliación a Colfondos S.A.** y, en consecuencia, que la AFP traslade sus cotizaciones a Colpensiones y a esta última que la acepte nuevamente como su afiliada; además que se condene a la AFP al pago de las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que: i) nació el 22-12-1961; ii) en 1988 comenzó a realizar cotizaciones en el RPM; iii) el 29-10-1998 suscribió formulario de afiliación a Colfondos S.A. por cuanto el asesor le dijo que la mesada pensional en el RAIS sería más alta que la del RPM, pero que de no querer recibir su pensión podía optar por la devolución de saldos incluido su bono pensional; es decir, que el asesor solo le dijo sobre las ventajas de trasladarse más no las desventajas que tendría por no estar en el RPM; iv) según la proyección pensional que hizo Colfondos S.A. su mesada pensional en el RAIS sería de \$859.366 mientras que en el RPM ascendería a \$2'397.612.

Tanto **Colpensiones** como **Colfondos S.A.** se opusieron a las pretensiones elevadas por la demandante al considerar que esta firmó de manera libre y voluntaria los formularios de afiliación al RAIS.

Así, Colpensiones indicó que la fecha en que la actora se afilió al RPM fue el 01-06-1996 a través del empleador Distrisalud y lo hizo hasta el 31-03-1999; además, que era improcedente el regreso de aquella al RPM al no ser beneficiaria del régimen de transición por edad ni tiempo de servicios y estar a menos de 10 años para pensionarse.

Por su parte, Colfondos S.A. señaló que la actora suscribió formulario de afiliación el 29-10-1998 como traslado de régimen.

Todas propusieron similares excepciones de mérito, entre otras, *“buena fe”* y *“prescripción”*.

2. Crónica procesal

Mediante auto del 06-05-2021 el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira ordenó la vinculación de la AFP Porvenir S.A.; entidad que una vez notificada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda y argumentando que la demandante se afilió a dicha AFP en septiembre de 1996, que fue efectiva el 01-11-1996, luego, en diciembre de 1999 suscribió otro formulario de afiliación a Colfondos S.A. efectivo el 01-02-2000; posteriormente, en noviembre de 2011 retorna a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.; traslado que fue efectivo el 01-01-2012 y, finalmente, en septiembre de 2012 se pasa nuevamente a Colfondos S.A., el que fue efectivo el 01-11-2012.

Formuló como excepciones, entre otras, “*prescripción*” y “*buena fe*”.

3. Síntesis de la sentencia

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS a través de Horizonte hoy Porvenir S.A. el 10-09-1996 efectivo el 01-11-1996 y con ello los traslados posteriores a la inicial, así: el 29-10-1998 a Colfondos S.A., luego a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 01-01-2012 y, finalmente el 01-11-2012 a Colfondos S.A.

En consecuencia, ordenó a Colpensiones que acepte nuevamente a Martha Cecilia Rojas Díaz sin solución de continuidad y a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación del demandante, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la afiliación, incluyendo lo que en su momento aportó a través de Horizonte hoy Porvenir S.A. con sus respectivos rendimientos financieros, frutos e intereses.

Asimismo, que Colfondos S.A. y Porvenir S.A. devuelvan a Colpensiones con cargo a sus propios recursos el valor de las comisiones y cuotas de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales que descontaron al demandante durante el tiempo en que estuvo afiliado a los fondos, debidamente indexados, así: a Porvenir S.A. del 01-11-1996 al 30-11-1998 y del 01-01-2012 al 31-10-2012 y a Colfondos S.A. del 01-12-1998 al 31-12-2011 y del 01-11-2012 a la fecha.

De igual manera, ordenó comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que en un trámite interno, anule o deje sin vigencia el bono pensional que se hubiere generado a favor del demandante y que tiene como fecha de redención normal el 22-12-2021, pero en caso de que se haya efectuado el pago, la AFP Colfondos S.A. debía restituir a la OBP el valor del mismo debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos.

Por último, condenó a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. al 80% de las costas procesales repartidas en partes iguales a favor de la parte demandante.

Como fundamento de tal determinación, la *a quo* argumentó que, pese a que no existía el formulario de afiliación de Colfondos S.A. para el año 2012, con las cotizaciones que se hicieron de manera sistemática a dicha AFP, se probó que existió un traslado horizontal y que el mismo fue efectivo. Así, al revisar todo el material probatorio concluyó que las AFP no lograron acreditar el deber de información clara, completa y oportuna a la parte demandante, que para el presente caso era únicamente carga de las AFP probar el cumplimiento de dicha obligación, por lo que era procedente declarar la ineficacia de la afiliación; además, en este trámite no se logró la confesión de la accionante en su interrogatorio.

3. De los recursos de apelación

Colpensiones solicitó que se revocara la decisión y, para ello, señaló que la inconformidad de la actora radica en que su mesada pensional en el RAIS sería inferior a la que recibiría en el RPM, por lo que no era esta la acción que debía de instaurar, sino la de resarcimiento de perjuicios; indicó que no era posible declarar la ineficacia de la afiliación, pues aquella esta a menos de 10 años para pensionarse; además, porque en este caso se dieron actos de relacionamiento, tales como el nivel de estudios de ella – profesional en enfermería-, la actualización de datos y el cambio de claves que hizo, lo que demostraba que ella decidió permanecer en el RAIS.

Por su parte, **Porvenir S.A.** solicitó revocar la sentencia porque en su sentir se brindó la información completa y básica que para la época se les imponía a los fondos privados, pero, de confirmarse la decisión, manifestó no había lugar a devolver todos los emolumentos que ordenó la primera instancia, haciendo énfasis en los gastos de administración y seguros previsionales al ser estos descuentos permitidos por la ley, pues de hacerlo se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante y en detrimento de la entidad.

4. Grado jurisdiccional de consulta

Como la anterior decisión, resultó adversa a los intereses de Colpensiones, de la que es garante la Nación, se admitió el grado jurisdiccional de consulta ordenado por la *a quo*.

5. Alegatos

Los presentados por Colpensiones y Porvenir S.A. guardan relación con los temas a tratar en esta providencia.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa

Pese a que esta Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993 y por ello en providencias anteriores como la proferida el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, entre otras, bajo la autorización emitida por las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 se había apartado del criterio expuesto por el alto tribunal al amparo de la autonomía judicial, para anunciar que cuando un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, lo cierto es que con ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por esa corporación con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó al Juez Colegiado para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por ese Máximo Tribunal en los asuntos de ineficacia de afiliación, entonces y bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en completitud la posición que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para resolver el caso de ahora y los siguientes.

1. Del problema jurídico

Visto el recuento anterior se formula el siguiente,

¿Se probaron los supuestos fácticos para declarar la ineficacia de afiliación contemplada en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993, pretendida por la parte activa de la *litis*?

2. Solución al problema jurídico

2.1. De la acción de ineficacia

2.1.1. fundamento jurídico

Según la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y a partir de la interpretación que realiza de los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, cuando un trabajador se traslada de régimen pensional, con ocasión a la indebida información suministrada por parte de la AFP, entonces procede la acción de ineficacia con el propósito de que el trabajador recobre su vinculación al régimen anterior.

A su vez, la alta corporación ha formulado sub-reglas en relación con la carga probatoria, la aplicación de ineficacia a las personas amparadas o no con régimen de transición, entre otros temas, contenidas especialmente en las sentencias Rad. No. 31989 de 2008, SL4964-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, y que ha ratificado en los años siguientes, como se concreta en los siguientes razonamientos:

1. Tipo de acción que de que se trata: Cuando se expone en los hechos de la demanda la indebida o falta de información ofrecida a una persona al momento de cambiarse de régimen pensional, tal supuesto fáctico no se debe abordar desde la institución de la nulidad del acto jurídico del traslado, sino de la ineficacia del mismo con base en los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993 por cuanto se violó por parte de la AFP el deber de información para obtener el traslado de quien estaba afiliado al RPM. **En ese sentido, la única sanción posible ante una afiliación desinformada es la ineficacia, figura que excluye de efectos el acto jurídico del traslado, y en tanto que nunca se produjo efecto alguno, entonces tampoco es posible sanearla por el paso del tiempo, como ocurre con las nulidades.**

De allí que, tratándose de la institución de la ineficacia y no de la nulidad, carece de aplicación la figura de la “*prescripción*” prevista en el artículo 1750 del C.C.; máxime que la acción de ineficacia es imprescriptible en la medida que tiene como propósito que se compruebe un hecho o se reconozca un estado jurídico, que no prescriben;

contrario a los derechos y obligaciones que se derivan de su declaratoria, que sí prescriben; por lo tanto, los interesados pueden solicitar en cualquier tiempo que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, que además contiene un derecho a la seguridad social que es irrenunciable por orden constitucional – art. 48 de la C.N. - y por ello, el paso del tiempo en modo alguno elimina la posibilidad de acudir a la vía judicial.

2. Cumplimiento del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Es un deber que es exigible a las AFP desde la creación de estas entidades, porque *“las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios”*. Deber cuyo nivel de exigencia se elevó con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, en la medida que *“ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo”*, llegando incluso a la exigencia de la doble asesoría prevista en la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N° 016 de 2016.

Concretamente frente al deber de información la pluricitada Corte Suprema desde el 09/09/2008 en radicado 31989 indicó que:

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad (...) En estas condiciones el engaño, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se

persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”.

Luego, en decisión SL19447-2017 adujo que *“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 último, en la sentencia SL-1688-2019 se sintetizó tal deber de información hasta antes del año 2009, como aquel en el que debe darse ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de este.

Al punto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia adujo que el deber de información es exigible téngase o no un derecho consolidado, un beneficio transicional, se esté próximo o no a pensionarse; dado que la violación del deber de información se predica frente a *“la validez”* del acto jurídico de traslado.

Ahora, frente a las **reasesorías**, según la Corte tampoco alcanza para dar por cumplido el citado deber de información porque *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”.*

3. Frente al formulario de afiliación: El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para darle eficacia al acto del traslado, pues ello no da cuenta de que haya sido, como se requiere en estos eventos, precedido de un *“consentimiento informado”*. Así, en palabras de la corte *“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”* (SL1688-2019).

A su vez, la aludida Corte en decisión SL19447-2017 señaló que: *“en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario”*.

4. Frente a la negación indefinida y carga de la prueba: Cuando el afiliado alega que no recibió la información debida al momento de afiliarse, como ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, la carga de la prueba de que sí se brindó la información que correspondía se traslada a la AFP.

5. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia: Acreditada la falta de consentimiento informado corresponde declarar la ineficacia del traslado y como consecuencia de ello, para efectos de la concreción de los derechos pensionales

reclamados, se debe imponer a la AFP en la que se encuentre afiliado la parte demandante la obligación de trasladar la totalidad del capital ahorrado “*junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses*”, “*sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales*”.

Asimismo, deberá devolver con cargo a sus propias utilidades los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, debidamente indexados (SL 2877 de 2020 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL2001 de 2021, SL 3477 de 2021, SL3571 de 2021).

De manera puntual, sobre las comisiones, recientemente la Sala de Casación Laboral Permanente de la Corte Suprema de Justicia, señaló que al declararse la ineficacia las cosas vuelven a su estado anterior, de ahí que la Administradora tiene que asumir el deterioro del bien administrado que no se hace de manera gratuita sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño, las cuales se descuentan de la cotización y del ahorro y que se encuentra autorizada al tenor del artículo 104 de la Ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 en concordancia con el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que reza: “*los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente ley*”.

Obligación que no solo recae sobre la AFP a la que se le declaró la ineficacia, sino también sobre las AFP en las que el demandante haya estado afiliado.

Al punto es preciso advertir que aun cuando el artículo 1746 del C.C. hace parte del título correspondiente a la nulidad, lo cierto es que la jurisprudencia ha desentrañado que sus consecuencias prácticas son las mismas de la ineficacia, porque *“el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás”* (SL1688-2019 y SC3201-2018).

6. Frente a los actos de relacionamiento: La Sala de Casación Laboral Permanente de la Corte Suprema de Justicia expuso esta teoría en la sentencia SL413 de 2018, en un caso a través del cual se solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del cónyuge supérstite y, en la que se estudió si por el solo hecho de la suscripción del formulario se podía entender la afiliación al sistema, toda vez que antes del fallecimiento del cónyuge se había traslado a una AFP, pero ninguna cotización realizó a dicha entidad.

En esa oportunidad la Corte dijo que **“en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado”** (negrilla fuera del texto original) los aportes al sistema toman mayor relevancia, no como un requisito ad substantiam actus, sino como *“una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existan dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen”*; de ahí, que en materia de seguridad social se analice con mayor detalle la *“intención real del trabajador”* por encima de las formalidades.

Continúo diciendo que no solo los aportes son la única expresión de la voluntad, sino que también pueden serlo las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros actos de relacionamiento que permiten evidenciar esas acciones concretas del afiliado que

demuestran su adherencia al régimen y la voluntad inequívoca de permanecer en él; es decir, que haya correspondencia entre la voluntad del afiliado y la acción que ejecuta, que no quede duda de que la realidad “sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado”.

Además, “La afiliación -concretada mediante el diligenciamiento, firma y entrega del formulario- es un requisito legal vigente de acceso a las prestaciones del Sistema General de Pensiones. Ocurre, sin embargo, que hay eventos debatibles que presentan ciertas oscuridades que deben ser clarificadas mediante la aplicación del principio de la realidad sobre las formas y la interpretación actualizada de las normas jurídicas conforme a los parámetros constitucionales, lo cual, desde luego, no es un desafuero de la justicia sino una expresión de su deber de «garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución» (art. 2 CP)”.

Tesis que fue tomada por la Sala de Descongestión Laboral No. 4 de la Corte Suprema de Justicia, para concluir que los traslados horizontales también eran una expresión de la voluntad del afiliado de permanecer en el sistema; sin embargo, la Sala de Descongestión No. 2 no aplicó tal teoría, en tanto consideró que esas movilidades no tenían “la potencialidad de ratificar que el traspaso de régimen se efectuó con los parámetros informativos suficientes”, como se observa en las sentencias SL080 y SL085 de 2022.

Ahora, el Magistrado Gerardo Botero Zuluaga de la Sala Permanente de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL5205 de 2022 al revisar una ineficacia de la afiliación, en la que el Tribunal aplicó la teoría de actos de relacionamiento, señaló que tal postura era contraria a lo expuesto desde vieja data – rad. 31989 de 09-08-2008 – **en la medida que una vez acreditada la ineficacia, el acto no se torna en eficaz por el solo hecho de que se produzcan traslados horizontales entre administradoras**, siendo enfática la Corte en indicar:

“Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado”.

Por lo que corrigió cualquier otro criterio vertido en ese sentido, en especial, el contenido en las sentencias SL3752 de 2020, SL4934 de 2020, SL1008 de 2021, SL 1061 de 2021, SL2439 de 2021, SL2440 de 2021 y SL2753 de 2021, *“por no encajar en la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral permanente, única constitucionalmente facultada para unificar la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social”.*

Entonces, se reitera, los traslados horizontales entre administradoras no son suficientes para establecer que la asimetría de la información se superó, pero pueden existir otros actos que sí demuestren la verdadera intención del afiliado de permanecer en el RAIS, pero, en todo caso, se debe analizar si esa asimetría de la información desapareció o si por el contrario no fue superada con los actos que pudo exteriorizar el afiliado.

2.2. Fundamento fáctico

Auscultado en detalle el expediente aparece que Martha Cecilia Rojas Díaz nació el 22-12-1961 (pág. 25 del doc. 3 del c. 1) y estuvo afiliada al RPM a través de Cajanal a partir de **octubre de 1988**, como se logra extraer del reporte de días actualizados de Colfondos S.A. y se corrobora con el formulario de afiliación de Horizonte hoy

Porvenir S.A. suscrito en el año 1996; luego, se afilió al ISS el **10-11-1995**, como da cuenta la historia laboral de Colpensiones actualizada a 19-07-2016 (pág. 49, 62 del doc. 3 y pág. 4 del doc. 33 del c. 1).

Después, suscribió formulario de afiliación a Horizonte hoy **Porvenir S.A.** el **10-09-1996** efectivo el 01-11-1996; luego, se pasó a Colfondos S.A. el 29-10-1998 efectivo el 01-12-1998; posteriormente se trasladó nuevamente a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 24-11-2011 efectivo el 01-01-2012 y, finalmente, el 27-09-2012 retornó a Colfondos S.A. efectivo el 01-11-2012.

De otro lado, en la demanda, la parte actora solicitó como pretensiones:

“PRIMERO: DECLÁRESE LA NULIDAD de la afiliación que hizo La señora MARTHA CECILIA ROJAS DÍAZ a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO: DECLÁRESE la libertad de La señora MARTHA CECILIA ROJAS DÍAZ de afiliarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al declararse la nulidad de la afiliación a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

CONDENATORIAS

(...) SEGUNDA: CONDÉNSE a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a liberar de sus bases de datos a La señora MARTHA CECILIA ROJAS DÍAZ y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones al Régimen de Prima media con Prestación Definida – Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”.

Como sustento fáctico de estas pretensiones, sostuvo que el 29-10-1998 suscribió formulario de afiliación a Colfondos S.A. que, para esa época, el asesor le dijo que de trasladarse el RAIS la mesada pensional sería mucho más alta que en el RPM, pero que si no quería pensionarse podía optar por la devolución de saldos incluido su bono pensional.

Sin embargo, con el certificado de Asofondos se probó que la señora Martha Cecilia Rojas Díaz se **trasladó de régimen del RPM al RAIS** a través de **Porvenir S.A.** el **10-09-1996** efectivo el **01-11-1996** y no a **Colfondos S.A.**; por el contrario, se

acreditó que con Colfondos S.A. se realizaron dos traslados horizontales entre AFP del RAIS, concretamente el 29-10-1998 y el 27-09-2012.

Ahora, pese a que en el formulario de Colfondos S.A. suscrito el 29-10-1998 se consignó que era un cambio de régimen, ello obedeció a un error, pues conforme la historia laboral de Porvenir S.A. emitida el 21-05-2021, el empleador de la actora hizo cotizaciones desde octubre de 1996 a octubre de 1998, lo que significa que para el momento en que suscribió el formulario de Colfondos S.A. la actora ya venía afiliada al RAIS a través de otra AFP.

Del recuento anterior, se observa que omitió la parte actora vincular y solicitar la ineficacia del traslado de régimen que se surtió a través de Porvenir S.A.; pues lo que pretendió fue la ineficacia frente a Colfondos S.A. como si esta hubiera sido la que ocasionó el cambio de régimen; de igual manera dejó de **indicar la demandante que Porvenir S.A. pasó por alto darle la información sobre las características, beneficios, ventajas y desventajas al momento del cambio de régimen**, pues tan solo hizo mención a la asesoría brindada por un comercial de la empresa Colfondos S.A.; por lo que aun pasando por alto la omisión en la relación de los hechos de la AFP Porvenir S.A. a la cual se cambió de régimen; quedó desprovisto este asunto de la prueba sobre la falta de información al momento del traslado de régimen atribuible a Porvenir S.A, pues como se advirtió no hay un hecho en la demanda que dé cuenta de ello; por lo que, no puede hablarse de una negación indefinida en relación con Porvenir S.A. y así invertir la carga de la prueba en cabeza de esta AFP.

Es que la actora tuvo la oportunidad de elevar pretensiones en contra de dicha AFP, así como para indicar si le brindaron o no información en los términos que dice nuestra superioridad, pues una vez Colfondos S.A. contestó la demanda, la actora pudo reformar la demanda, pero no lo hizo.

De otro lado, y no menos importante hay que tener en cuenta para dar solución al primer problema jurídico planteado la consecuencia que genera la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen, que lo es que el afiliado no dejó de pertenecer al RPM; por lo que, al no solicitarse tal declaratoria respecto de Porvenir S.A. sino de Colfondos S.A. con quien no se surtió el cambio de régimen sino un mero traslado horizontal, a lo sumo la ineficacia declarada respecto de esta última lleva consigo a que la demandante nuevamente estuviera afiliada a Porvenir S.A., pero no al RPM a través de Colpensiones; resultado este que no es el pretendido en la demanda; de ahí, que erró la juez al no verificar esta situación al momento de proferir la decisión.

Omisión que no le era dable a la jueza subsanar, toda vez que ésta debe ceñirse el principio de congruencia establecido en el artículo 281 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS, que dispone que las sentencias que profieran los jueces de instancia deberán estar en consonancia con “(...) *con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda*”.

De ahí, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia haya dicho “*Luego, no es la calificación jurídica que el demandante hace en su libelo de la relación jurídica sustancial en disputa la que demarca el objeto del proceso, sino que lo es la exposición y alegación de los hechos jurídicamente relevantes los que la precisan, con lo cual se cumple con el viejo aforismo latino que regla la actividad judicial ‘mihi factum, dabo tibi ius’ (dadme los hechos, yo te daré el derecho), connatural con los principios constitucionales de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228) y autonomía judicial (artículo 230) (...)*”^[1].

Sin que fuera procedente a la primera instancia declarar la ineficacia frente a Porvenir S.A. por el solo hecho de integrarla la *a quo* a la parte pasiva, pues se itera es necesario que en los hechos de la demanda se diga que existió falta de información para que pueda hablarse de una negación indefinida y así trasladar la

carga de la prueba a la AFP y como esto no ocurrió le correspondía a la demandante demostrarlo.

Además, no podía la *a quo* acudir a sus facultades extra y ultra petita, ya que era necesario que el supuesto fáctico hubiere sido discutido en el proceso, lo que implica que se haya mencionado en la demanda; acto que no aconteció en este caso; como tampoco lo puede hacer esta instancia al carecer de estas facultades ultra y extra petita, sin que se esté en presencia de la excepción determina por la jurisprudencia para estudiarlo (SL755 de 2022 M.P. Luís Benedicto Herrera y SL 440 de 2021)

CONCLUSIÓN

Conforme lo expuesto, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar absolver a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

Costas de ambas instancias a cargo de la demandante a favor de la parte demandada en virtud del numeral 4° del artículo 365 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Martha Cecilia Rojas Díaz** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones**

Ordinario Laboral

Rad. 66001-31-05-005-2019-00344-01

Martha Cecilia Rojas Díaz vs. Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.

-Colpensiones y Colfondos S.A.; trámite al que se vinculó a **Porvenir S.A.** para en su lugar **ABSOLVER** a la parte demandada de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de ambas instancias a la demandante a favor de las demandadas.

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada Ponente

Con firma electrónica al final del documento

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrado

ACLARO VOTO

Con firma electrónica al final del documento

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada

SALVO VOTO

Con firma electrónica al final del documento

Firmado Por:

**Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Aclaración De Voto**

**Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Salvamento De Voto**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3732958dd310dd57a6034e5aaf087deb70af2ea09aeabea236892e224d06e9fd**

Documento generado en 29/03/2023 09:03:53 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**