

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BALTAZAR EDUARDO MESA RESTREPO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **BALTAZAR EDUARDO MESA RESTREPO**, se **declare**: i) la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, sin solución de continuidad; y ii) que continúa afiliado al régimen de prima media con prestación definida. Como consecuencia, se **ordene** a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de su afiliación, tales como, bonos pensionales, aportes obligatorios, sumas adicionales, con sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos financieros que se hubiesen causado; se **ordene** a Colpensiones recibir todos los dineros trasladados por Porvenir S.A., a reactivar la afiliación en el RPM y a tener en cuenta todo el tiempo cotizado en el RAIS y convalidarlo como semanas cotizadas en el régimen de prima media; y se **condene** a las demandadas al pago de las costas y gastos del proceso (fl. 7 a 8).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 4 a 7), señaló en síntesis que nació el 06 de enero de 1956; que se afilió al régimen de prima

media el 8 de septiembre de 1980 cotizando un total de 937 semanas al ISS; que el 1° de octubre de 1999 empezó a cotizar a la AFP Porvenir S.A., trasladándose así al RAIS; que el asesor de Porvenir S.A., no le dio información de cuanto sería el capital necesario para pensionarse, ni la edad para la redención del bono pensional, ni la cuantía de su prestación en ambos regímenes, y tampoco le explicaron en forma clara y concreta las implicaciones legales y económicas de su traslado, así mismo indicó que la AFP omitió su deber de buen consejo, pues no le explicaron las ventajas y desventajas entre el ISS y Porvenir; que la demandada le realizó una simulación pensional en 2019 en donde se le indicó como sería su mesada pensional a la edad de 63 años en ambos régimen, teniendo en cuenta 1.932 semanas, e informándole que en el Régimen de ahorro individual equivaldría a \$ 1.553.700 y en el régimen de prima media a \$5.678.000; y que presentó reclamación ante COLPENSIONES.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PORVENIR S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, y 7; no ser cierto los numerales 3, 4, 5, 6, 8 al 18; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, e innominada o genérica (fls. 52v a 53).

COLPENSIONES se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, y 19; no ser cierto los numerales 3, y 10; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos, e innominada o genérica (fls.92 a 101).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de junio de 2020 (CD – fl. 119), **declaró** la ineficacia del traslado del demandante **BALTAZAR EDUARDO MESA RESTREPO** del régimen de prima media con prestación definida al de régimen ahorro individual con solidaridad realizó el 28 de septiembre de 1999 con efectividad a partir del 1° de noviembre del mismo año, para entender válidamente vinculado al demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; **condenó** a la demandada Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de que ya estén redimidos, junto con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras se encontró en su poder; **ordenó** a Colpensiones a recibir esos dineros o aportes provenientes de Porvenir S.A. para que proceda a activar la afiliación del demandante como si nunca se hubiese trasladado del régimen y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas; **declaró** no probada la excepción de prescripción; y condenó en costas a

Fundamenta su decisión, el Juez haciendo referencia a las diferentes sentencias relacionadas con la ineficacia del traslado que ha proferido la CSJ Sala Laboral, frente a las cuales podía observar que la AFP Porvenir S.A. al momento del traslado de régimen pensional del actor, que es donde se califican las circunstancias que llevan a la ineficacia del acto jurídico, no cumplió su obligación de brindar una información completa, veraz, oportuna, transparente y objetiva acerca de las características, ventajas y desventajas de uno y otro régimen, y las consecuencias que implicaba para él trasladarse, pues para septiembre de 1999 el demandante contaba con más de 40 años de edad y un total de 937 semanas cotizadas al ISS.

Agregó que la obligación de las administradoras de pensiones de brindar información en esos términos surgió desde la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, más específicamente del artículo 12 del Decreto 720 de 1994, no obstante, no encontró en el expediente prueba alguna o huella de

la información suministrada al aquí demandante al momento del traslado ni durante su vinculación a la AFP Porvenir S.A., aclarando que cualquier reasesoría que se brindara con posterioridad al traslado no tenía la virtualidad de subsanar la deficiencia en que ya se había incurrido.

Indicó que el hecho de que el accionante fuese profesional -ingeniero- no implicaba por parte de éste un conocimiento del sistema general de pensiones, ya que, si existe vacío en los profesionales del derecho que se podía esperar de otras disciplinas, de manera que ese argumento resultaba irrelevante frente al deber de información que recaía sobre la AFP Porvenir S.A.

Señaló que el actor aceptó haber firmado el formulario de vinculación de forma libre y voluntaria, sin embargo, ello no era suficiente para tener como satisfecho el requisito del deber de información en los términos exigidos por la jurisprudencia, máxime que la alta Corporación en esas sentencias se encontraba analizando traslado de régimen pensional de los años 94 a 98 entre otros, como es el caso que ocupaba al despacho. Agregó que el formulario de vinculación no contiene la información dada a la persona en ese momento, pues solo tiene información básica del afiliado, de su empleador y de sus beneficiarios, por lo que no es una prueba apta para demostrar que si se cumplió con dicho deber.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que el demandante firmó el formulario de vinculación a la AFP Porvenir de manera libre y voluntaria; que en el interrogatorio de parte el actor inicialmente manifestó que el asesor de la AFP solo le dijo que el ISS se iba a acabar, pero mas adelante señaló que se le informó sobre los rendimientos, de donde concluye que al actor se le brindo más información de la que él dice recibió.

Indica que la carga de la prueba no se puede invertir de manera inmediata, sino que se debe estudiar cada caso en particular, y teniendo en cuenta que el demandante señaló que nunca se acerco a las instalaciones de la AFP Porvenir a indagar sobre su futuro pensional, lo que denota desinterés por

conocer su situación y un incumplimiento a sus deberes como consumidor financiero.

Sostiene que con la decisión de primera instancia se vulnera el principio de la sostenibilidad financiera, pues el demandante no cotiza en el régimen de prima media desde 1999 y por ende no fue tenido en cuenta al elaborar a futuro el calculo actuarial para conocer una posible mesada pensional en este régimen, lo que en su concepto genera una posible descapitalización del fondo común.

Invita a que en segunda instancia se tenga en cuenta la sentencia CSJ SL1413-2018 frente a comportamientos y actuaciones de los afiliados de las cuales se pueda entender que existe voluntad de permanencia en el RAIS, como por ejemplo con la actualización de datos que hizo el demandante para que sus extractos llegaran a su correo electrónico.

Porvenir S.A. recurrió la decisión arguyendo que no existen razones que conduzcan a la ineficacia del acto jurídico porque el demandante tomó la decisión de trasladar se forma consciente, y espontanea como el mismo lo indicó en su interrogatorio de parte, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en las normas vigentes para ese momento; que al actor se le informó de forma suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y de todas y cada una de las características del RAIS dejando constancia de ello en el formulario de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de Ley, que allí se dejó constancia de que lo hacía de forma voluntaria y libre; que la AFP atendió y cumplió todos los parámetros legales vigentes para el momento del traslado del accionante, pues fue solo con la expedición del Decreto 2555 de 2010 y demás normas posteriores que quedó en cabezas de las administradoras de pensiones la obligación de asesoría e información, por ende no puede exigírsele el cumplimiento al deber de información en los términos exigidos por la Corte Suprema de Justicia.

Advierte que la libertad de escogencia del régimen pensional se encontraba sujeta a un plazo, pues quienes tuvieran 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1993 podían regresar al RAIS sin perder los beneficios del régimen

de transición, y también tenía la oportunidad de retractarse del traslado hasta 5 días después de firmar el formulario de vinculación, opciones que el demandante no usó, por lo que no podía ahora alegar en su favor su propia omisión.

Indica que no toda omisión en la información afecta el consentimiento, porque debe establecerse en cada caso en particular que la omisión produjo un daño claro, cierto y determinable.

También manifiesta que durante la vigencia de la afiliación al RAIS el demandante contó con varias oportunidades para regresar al régimen de prima media y no lo hizo, de lo que concluye que está siempre tuvo la intención de permanecer en ese régimen; indicó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de trasladarse de régimen consagrada en el literal e) artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y que esa información se le dio a conocer la Superintendencia financiera, y Asofondos mediante un comunicado de prensa; y finalmente sostuvo frente a los gastos de administración y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, que estos se dieron por ministerio de la ley durante toda la vinculación, de manera que esas sumas fueron debidamente invertidas conforme a la ley y ya no se encuentran en poder de la AFP.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, 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 para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor BALTAZAR EDUARDO MESA RESTREPO el 28 de septiembre de 1999 (fl. 54), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A., afiliación que fue efectiva a partir del 1° de noviembre de 1999 (fl. 56 y 57), entidad en la cual se encuentra afiliado actualmente, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES hasta el 30 de septiembre de 1999 un total de 934,71 semanas (fl. 104 a 109) y al régimen de ahorro individual otras 995 semanas a corte abril de 2019 (fl. 23 a 26).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la

Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento debieron informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba les asistía a la AFP, pues era ella quien tenían que demostrar que tipo de información le brindó al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación del actor buscar a la entidad para que lo ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicará sobre las diferencia de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP quien debió informarle desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia en dicho fondo.

Ahora, en cuanto a que la entidad no tenía la obligación del deber de información para el momento en que surtió el traslado, por cuanto se encontraba amparado por el Decreto 663 de 1993, el cual no plasmaba dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, también se ha pronunciado al respecto, señalando 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 tránsito”* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las mismas de *“suministrar a*

los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

Finalmente, aludió a que Ley 795 de 2003, “*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*» recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021), de ahí que el traslado se torne ineficaz.

Ahora, frente al argumento de que el demandante se encontraba inmerso en la prohibición legal de trasladarse porque le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, advierte esta Sala de decisión que la ineficacia del traslado de régimen pensional no depende de una condición especial, sino únicamente de la omisión de las administradoras de pensiones al deber de información al momento de la suscripción del formulario de traslado de régimen que recae de forma estricta sobre ellas, omisión que en este caso el juez de primera instancia encontró acreditada, procediendo así las consecuencias jurídicas de la ineficacia.

De hecho, por tratarse de un derecho mínimo que consagra garantías en favor de los afiliados, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrarles oportunamente, información clara, cierta y comprensible de

las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, «*sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está o no próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto*» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3463-2019).

Lo anterior es así, porque en el caso que nos ocupa lo que el demandante pretende es que se declare la ineficacia por omisión al deber de información al momento de la suscripción del formulario para cambio de régimen pensional, esto es, septiembre de 1999, y no que se le revise si procede el traslado por no encontrarse inmerso en la prohibición consagrada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, razón por la cual estudiar este tema resulta inane para las resultas del proceso.

De otro lado, en cuanto al argumento presentado por Colpensiones respecto de que la sentencia CSJ SL1413-2018 avala que por el hecho de que el afiliado tenga comportamiento o actuaciones, como por ejemplo la actualización de datos, tenga voluntad de permanencia en el RAIS, una vez verificada esta por parte de este despacho, se observa que en ella se resolvió un problema jurídico tendiente a “determinar la naturaleza de la vinculación como empleada pública y la inaplicación del régimen especial que le correspondía derivado de las convenciones colectivas de trabajo”, tema que no se parece al aquí analizados ni al planteado por esa apoderada.

En lo que tiene que ver con los **gastos de administración y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020, SL 1467-2021, y SL 5680-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

*Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de **ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.***

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

En igual sentido se fijó en la sentencia CSJ SL5680-2021, en la puntualmente se estableció:

Tal como se expuso en casación y lo refirió el a quo, la consecuencia del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del acto de traslado, lo que implica que las partes deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. Dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se encontraba si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

*Por tal motivo, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades** (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018,*

CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020), al igual que los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende la entidad accionada

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a COLFONDOS S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, 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 accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo

dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, como quiera que los recursos de alzada no salieron avante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

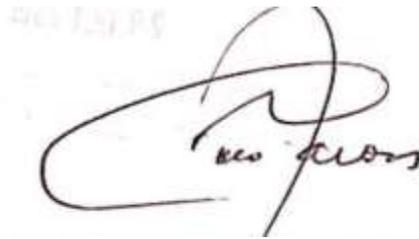
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

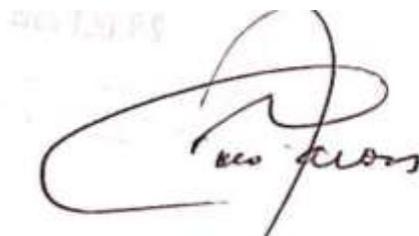


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una de las demandadas, esto es, la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS FELIPE MORENO BRAVO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **LUIS FELIPE MORENO BRAVO**, se **declare**: *i)* que fue inducido a grave error por parte de la AFP Porvenir S.A. al haber omitido información completa, veraz e imparcial sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos relacionados con la decisión de su traslado al RAIS; y *ii)* que es ineficaz su afiliación a la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se **declare** vigente su afiliación al régimen de prima media administrado por Colpensiones; se **condene** a Porvenir S.A. a comunicar a Colpensiones la ineficacia de la afiliación; se condene a Colpensiones a tenerlo como afiliado; se **condene** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes con sus rendimientos generados desde abril de 2000 por la indebida afiliación y la historia laboral; se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas, gastos, agencias procesales y demás sumas que resulten probadas dentro del proceso (fl. 4 y 4v).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 4v a 5v), señaló en síntesis que nació el 7 de febrero de 1957; que estuvo afiliados al ISS entre el 25 de octubre de 1973 y el 31 de marzo de 2000, acumulando un total de 1.035 semanas; que el 22 de marzo de 2000 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A. fondo al que se encuentra cotizando desde el 1° de abril de ese mismo año; que el asesor de Porvenir

S.A. no le entregó al momento del traslado información con transparencia, no le realizó ni presentó proyecciones del monto de la pensión que le correspondería en ese régimen pensional, no le indicaron las ventajas y desventajas que se podían originar por el traslado, tampoco expresaron los beneficios especiales y generales que podría obtener en el régimen de prima media y sus consecuencias, por el contrario, le explicó que podía pensionarse a la edad que quisiera, que el valor de la mesada pensional no afectaría sus expectativas, que el ISS iba a desaparecer y por ende de no podría reclamar su pensión.

Señaló que entre el 1° de abril de 2000 y hasta marzo de 2019 había aportado 976 semanas a la AFP Porvenir S.A., de lo que concluyó que en total cuenta con 2.015 semanas aportadas al sistema general de pensiones; que Porvenir durante su afiliación no ha cumplido con su deber de asesorarlo en su expectativa pensional, y además omitió informarle que antes de cumplir 52 años de edad podía retornar al régimen de prima media, por resultarse favorable; que conforme la proyección de pensión que le realizó el fondo privado con 62 años de edad, le correspondería una mesada pensional de \$1.421.100 con una tasa de reemplazo del 11,18%; que efectuados los cálculos en el régimen de prima media a los 62 años tendría derecho a una mesada pensional de \$9.361.199 con una tasa de reemplazo del 72,73%; y que presentó reclamación ante COLPENSIONES y la AFP Porvenir S.A.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser ciertos los numerales 1, 2, y 23 a 27; no ser cierto el numeral 3, 4, 5, y 21; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo falta las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y declaratoria de otras excepciones conforme el artículo 306 del CPC (fls. 39 a 40).

PORVENIR S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos no acepto ninguno; dijo no ser ciertos los numerales 4 a 13, 15 a 20, 22, y 25; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica (fls. 93 a 95).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de octubre de 2020 (CD – fl. 108), **declaró** la ineficacia del traslado del demandante Luis Felipe Moreno Bravo del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por PORVENIR S.A., realizado el 22 de Marzo de 2000, con efectividad a partir del 1° de Mayo de la misma anualidad, para entender vinculado al demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por Colpensiones; **condenó** a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno; **ordenó** a Colpensiones aceptar el traslado de los dineros que efectúe PORVENIR S.A., para que proceda a activar la afiliación del actor, como si nunca se hubiese traslado del régimen pensional, y así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado; **declaró** no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas; condenó en costas, incluidas las agencias en derecho a la AFP Porvenir, las que se tasó en la suma de \$1.500.000.

Fundamenta su decisión, el Juez haciendo referencia a las diferentes sentencias relacionadas con la ineficacia del traslado que ha proferido la CSJ Sala Laboral, frente a las cuales podía observar que la AFP Porvenir S.A. al momento del traslado de régimen pensional del actor, que es donde se califican las circunstancias que llevan a la ineficacia del acto jurídico, no cumplió su obligación de brindar una información completa, veraz, oportuna, transparente y objetiva a cerca de las características, ventajas y desventajas de uno y otro régimen, y las consecuencias que implicaba para él trasladarse.

Agregó que la obligación de las administradoras de pensiones de brindar información en esos términos surgió desde la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, más específicamente del artículo 12 del Decreto 720 de 1994, y en concordancia con el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, tal como lo ha establecido el precedente vertical. Así mismo indicó que la carga de probar que se suministró la información necesaria al afiliado para que tomara una decisión consciente y enterada recaía en cabeza de las AFPs.

Indicó que en el expediente no encontró ningún medio de prueba a través del cual se pudiera establecer que en el momento del traslado de un régimen a otro, al demandante se le brindo esa información objetiva, comparada y transparente sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues si bien obraba el formulario de vinculación, de este no podía extraerse que la AFP cumplió con el deber de información en los términos ya mencionados, y la suscripción de este no era suficiente para dar por probado que se cumplió con la obligación bajo análisis.

Señaló que el actor aceptó haber firmado el formulario de vinculación de forma libre y voluntaria, sin embargo, ello no era suficiente para tener como satisfecho el requisito del deber de información en los términos exigidos por la jurisprudencia, máxime que la alta Corporación en esas sentencias se encontraba analizando traslado de régimen pensional de los años 94 a 2000 entre otros, como es el caso que ocupaba al despacho. Agregó que el formulario de vinculación no contiene la información dada a la persona en ese momento, pues solo tiene información básica del afiliado, de su empleador y de sus beneficiarios, por lo que no es una prueba apta para demostrar que si se cumplió con dicho deber.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación bajo el argumento que el actor en su interrogatorio de parte se contradijo con lo expuesto en el hecho 10 del escrito de demanda, situación que es suficiente para desestimar esta prueba, toda vez que se evidencia que el demandante no conoce o no recuerda los elementos de tiempo, modo y lugar, y no podría afirmar que no se le dio la información pese a que suscribió el formulario de afiliación.

Indica que en el interrogatorio de parte si hubo confesión en los términos del artículo 191 del CGP, ya que el mismo actor manifestó que si firmó el formulario de vinculación de forma libre, voluntaria e informada, y por tanto, la validez del negocio jurídico si se encuentra probada.

Arguye que conforme el principio de que nadie está obligado a lo imposible, Porvenir S.A. no tenía el deber legal de conservar documentos más allá de 10 años, sin embargo conservó el formulario que fue firmado hace más de 20 años; que se está creando una confusión entre el deber de información y el deber dejar consignada la información toda vez que para el año 2000 la única prueba que se requería para probar la validez y existencia del negocio jurídico suscrito era el formulario de afiliación, sin embargo,

esta prueba se está desestimando de plano, sin que existe fundamento legal para ello, pues esta era el único requisitos que se requería en el año 2000 para que la vinculación al RAIS fuera valida.

Afirma que el efecto jurídico de la ineficacia no es retrotraer las cosas al estado original, pues este es la consecuencia de la nulidad, y que es el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 el que señala que el resultado es dejar sin efecto la afiliación, pero que de continuarse con la idea de retrotraer las cosas al estado original el principio de inescindibilidad de la norma se vería afectado, toda vez que se está obligando a la AFP a restituir los rendimientos financieros pese a que la según esa ficción jurídica el demandante no estuvo afiliado nunca al RAIS, quedando sin piso o sin fundamento la orden de trasladar los rendimientos financieros a Colpensiones.

Alega que tampoco debe ordenarse la restitución de los gastos de administración, porque si nunca estuvo afiliado al RAIS tampoco lo estuvo al RPM, en ese sentido debe hablarse de restituciones mutuas conforme lo establece el artículo 1746 del CC, no obstante, el juez de instancia está condenado a restituciones unilaterales pese a que no se probó un elemento de dolo o fuerza en la vinculación del accionante.

Y finalmente, sostiene frente a la excepción de prescripción que esta debe declararse frente a los gastos de administración, porque estos no hacen parte de los dineros destinados a la pensión en ninguno de los dos regímenes y por tanto al ser emolumentos netamente económicos se debió declarar esta excepción.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación indicando que de lo manifestado en el interrogatorio de parte se evidencia una contradicción con el hecho 10 del escrito de la demanda, pues al preguntársele sobre lo allí expuesto respondió que no recordaba, lo que no está demostrado la presunta falta de información en la que incurrió la AFP Porvenir al momento del traslado de régimen pensional.

Afirma que el principio de sostenibilidad financiera del sistema no debe desconocerse, pues conforme a las sentencia de la Corte Constitucional del año 2004 y 2010 este se encuentran íntimamente ligado a esta clase de procesos, pues su objetivo es evitar la descapitalización del sistema, y si bien en ellas no se refería al actual problema de ineficacia de traslado, ello no genera que no se puede aplicar lo manifestado en esas sentencias, pues considera que una persona que no ha aportado al régimen de prima media y llegue probablemente a que se le reconozca una pensión, descapitaliza el sistema.

Finalmente arguye que el ISS hoy Colpensiones no tuvo injerencia en el traslado de régimen que libre y voluntariamente aceptó el demandante, sin embargo, se le está imponiendo una carga que resulta ser desmedida.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP PORVENIR es **ineficaz** por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, 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 para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor LUIS FELIPE MORENO BRAVO el 22 de marzo del 2000 (fl. 24 y 97), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., afiliación que fue efectiva a partir del 1° de abril del 2000, aportó al régimen de prima media

con prestación definida a través COLPENSIONES 1.039 semanas y al régimen de ahorro individual 976 semanas, las cuales sumadas arrojan un total de 2.015 semanas (fl. 15-17).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP demandada se denota que el accionante al momento de suscribirlas dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de las Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento debieron informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenía que demostrar que tipo de información le brindó al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación del actor buscar a la entidad para que lo ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicara sobre las diferencia de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP quien debió informarle desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia.

Ahora, en cuanto a que la entidad no tenía la obligación del deber de información para el momento en que surtió el traslado, por cuanto se encontraba amparado por el Decreto 663 de 1993, el cual no plasmaba dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, también se ha pronunciado al respecto, señalando 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 tránsito”* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de “*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*”.

Finalmente, aludió a que Ley 795 de 2003, “*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*» recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de “*poder tomar decisiones informadas*”.

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021), de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En lo que tiene que ver con la presunta contradicción que se puso de presente entre el interrogatorio de parte del actor y el hecho 10 del escrito de la demanda, este despacho hará la transcripción literal, con el fin de verificar la misma, así:

Décimo: el promotor encargado de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., al momento del traslado aseguró al señor Luis Felipe Moreno Bravo que podría pensionarse a la edad que quisiera, con el valor de la mesada pensional que no afectaría las expectativas que traía des régimen que tenía.

Interrogatorio de parte al demandante (minuto 13:45 a 20:18 CD fl. 108)

(...)

Pregunta apoderado de Porvenir

¿Qué le dijo el asesor en ese momento? (minuto 15:45 CD fl. 108) respuesta: nos expusieron que el seguro social, la tendencia era que se acabara completamente,

porque no podía sostener más la carga pensional de Colombia y como nos venían explicando, mire la Ley 50, la Ley 100 y demás, nos estaban explicando muy rápidamente que había que hacer esa transición o si no se iba a perder completamente las pensiones que llevábamos en ese momento.

¿Manifiéstele al despacho si es cierto o no que el asesor de Porvenir le informó que se podía pensionar en cualquier momento, en cualquier fecha? (minuto 16:30 CD fl. 108) respuesta: No me acuerdo que me hayan dicho eso.

(...)

Para el despacho si bien lo narrado en el hecho 10 de la demanda no corresponde a lo manifestado por el actor en su interrogatorio de parte, lo cierto es que, este argumento no tiene la fuerza para desvirtuar las conclusiones a las que llegó el *a quo*, respecto a los fines del proceso que está bajo análisis, y que básicamente son que Porvenir S.A. no cumplió con el deber de información al momento del traslado de régimen pensional que es lo que finalmente se debe verificar al momento de estudiar la ineficacia del mismo.

Ahora frente a la presunta confesión que realizó el demandante respecto de la pregunta que le realizó el apoderado de Porvenir, que literalmente señaló “*¿el formulario que usted suscribió en el año 2000 lo hizo de manera libre y voluntaria, o existo alguna amenaza o alguna fuerza por parte del asesor de Porvenir o su empleador para que usted firmara ese formulario? (minuto 19:39 CD fl. 108) respuesta: estoy mirando el documento y yo no lo llene ni siquiera, solo está firmado por mí, si nadie me amenazó de que tenía que firmar eso, no hubo amenaza de ese estilo, el único dato que hubo fue se va a acabar el seguro social*”, advierte el despacho que el hecho de que el demandante acepte que firmó el formulario de manera libre y voluntaria, no implica que hubiese confesado que el asesor de Porvenir en marzo del 2000 le hubiese dado una información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada modelo pensional, que finalmente es la situación que Porvenir S.A. debía probar en este proceso.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima

media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020 y SL 1467-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

*“Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de **ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.***

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

En igual sentido se fijó en la sentencia CSJ SL5680-2021, en la puntualmente se estableció frente a este tema y de cara a las primas de seguros previsionales que:

Tal como se expuso en casación y lo refirió el a quo, la consecuencia del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del acto de traslado, lo que implica que las partes deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. Dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se encontraba si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

*Por tal motivo, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades** (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020), al igual que los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.*

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende la entidad accionada.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta

EXPEDIENTE No. 03 2019 00397 01

gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, como quiera que sus recursos de alzada no salieron avante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

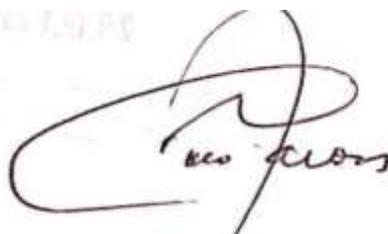
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

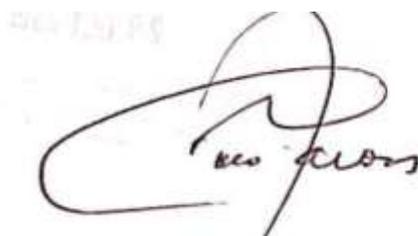


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES en la suma de \$1.000.000., cargo de cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA JANETH MOJICA MONROY contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y las AFPs PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar sentencia.

De manera previa, y teniendo en cuenta que en el expediente obra renuncia al poder por parte del abogado de la demandante (fls. 306-318) la cual fue debidamente notificada a la señora **MOJICA MONROY** a través de correo electrónico certificado por medio de Servientrega (fl. 319-320), y que esta a su vez otorgó nuevo poder al abogado **ENRIQUE GUARÍN ÁLVAREZ** portador de la TP 72.980 del CSJ (fl. 321), se acepta la renuncia del abogado **JUAN MANUEL LÓPEZ GUARÍN** y a su vez se reconoce personería en los términos y para los efectos del poder a él otorgado.

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **MARTHA JANETH MOJICA MONROY**, se **declare**: i) la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual por existir vicios en su consentimiento por haberse realizado de forma engañosa, sin la asesoría suficiente adecuada y oportuna por parte de los asesores de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A.; y ii) la nulidad de los traslados de administradoras de fondos de pensiones realizados a Colfondos S.A. y posteriormente a Porvenir S.A. En consecuencia, se **condene** a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados al RAIS desde su irregular afiliación hasta que se verifique el traslado, debidamente indexados y a su vez se **condene** a Colpensiones a recibirlos y a actualizar su historia laboral; se **condene** ultra y extra petita y al pago de costas, y agencias en derecho (fl. 5-6).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 3-5), señaló en síntesis que nació el 19 de marzo de 1963; que laboró para la Empresa Social del Estado Hospital Santo Domingo de Málaga departamento de Santander desde el 30 de agosto de 1990 hasta el 7 de julio de 1991, posteriormente trabajó para el Distrito Capital aportando a la Caja de Previsión Social del Distrito entre el 26 de julio de 1991 al 22 de agosto de 1995, y luego ingresó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses donde se afilió al ISS cotizando desde el 4 de septiembre de 1995 hasta el 30 de junio de 1998, acumulando en el régimen de prima media un total de 405 semanas; que el 18 de junio de 1998 suscribió el formulario de afiliación a la AFP Colpatria hoy Protección S.A., el cual estuvo procedido de una asesoría engañosa, tendenciosa, incompleta e insuficiente por los asesores de esa AFP, quienes le indicaron que el ISS se iba a acabar y que estando en el RAIS podía pensionarse a cualquier edad, y en caso de fallecer, su dinero sería parte de la masa sucesoral, que no le informaron que tenía derecho a un bono pensional ni su importancia, y que no recibió una información profesional, cierta y adecuada sobre su situación pensional.

Agregó que en noviembre de 1999 los asesores de la AFP Colfondos se acercaron a su lugar de trabajo con el fin de captar nuevos afiliados, e informando que ellos tenían mejores rendimientos y que les ayudarían a tramitar su bono pensional, por lo que ante estas promesas suscribió formulario de traslado el 29 de noviembre de ese mismo año; que ante la fusión de la AFP Porvenir S.A. con BBVA Horizonte, y debido a que los asesores de esta se presentaron en las instalaciones de su empleador, suscribió formulario de afiliación el 9 de junio de 2002 con esa AFP.

Indicó que el 17 de enero de 2003 la AFP Porvenir le remitió la historia laboral válida para bono pensional frente a la que debía manifestar si estaba de acuerdo o no; que esa administradora de pensiones después de la expedición de la Ley 797 de 2003 no le informó la posibilidad que tenía de regresar al RPM; que el 30 de julio de 2018 su AFP le entregó una proyección pensional en donde le informó que a los 57 años de edad tendría derecho a una mesada pensional de \$896.600, pero que su salario en ese momento era de \$5.622.969; que ante ese panorama y pensando que era un error solicitó nuevamente una proyección pensional, la cual le fue remitida el 5 de septiembre de 2018 comunicándole que su mesada pensional a los 57 años de edad equivaldría a \$781.242, es decir, que la proyección disminuyó; y que presentó reclamación ante Colpensiones y las AFPs Porvenir S.A., y Colfondos.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que prestó servicios a la Empresa Social del Estado Hospital Santo Domingo de Málaga, al Distrito Capital y al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que hasta el 22 de agosto de 1995 estuvo afiliada a la Caja de Previsión Social y a partir del 1° de septiembre de 1995 aportó al ISS, y que logró acreditar en el RPM un total de 405 semanas, y que presentó reclamación ante Colpensiones; frente a los demás señaló que no le constaban. Propuso como excepciones las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción, e innominada o genérica (fls. 112-122).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, que esta radicó solicitud de información el 28 de agosto de 2018, y que también petitionó la nulidad del traslado el 6 de noviembre de 2018, la que fue negada el 27 de noviembre de 2018; e indicó que la demandante se trasladó a ese fondo de manera libre, voluntaria, espontánea y consiente, que leyó, diligenció y suscribió el formulario de afiliación; frente a los demás hechos sostuvo que no le constaban. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamientos de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos (fls. 155-171).

PORVENIR S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos no aceptó ninguno, indicó no ser ciertos o no constarles, e informó que el traslado de la demandante a la AFP Colpatria estuvo precedido de una selección libre, espontánea e informada según consta en el formulario de afiliación suscrito, además considera que la actora pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica (fls. 196-227).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de julio de 2020 (CD – fl. 300), **declaró** la ineficacia de la afiliación que hiciera la demandante al régimen de ahorro individual que en su caso administraba Porvenir S.A., para tenerla como válidamente afiliada a Colpensiones; **condenó** a Porvenir a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con todos sus rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración correspondientes; **ordenó** a Colpensiones aceptar el traslado de la actora al régimen de prima media; y no impuso costas en esa instancia.

Fundamentó su decisión: La juez haciendo referencia a las diferentes sentencias relacionadas con la ineficacia del traslado que ha proferido la CSJ Sala Laboral, argumentó que la AFP Porvenir S.A. entidad con la que realizó el primer traslado de régimen en 1998, no logró acreditar que se le hubiese suministrado a la demandante una información completa, veraz, oportuna, transparente y objetiva a cerca de las características, ventajas y desventajas de uno y otro régimen, y las consecuencias que implicaba para ella trasladarse, pues en el expediente solo reposaban los formularios de afiliación en Porvenir y en Colfondos, la historia laboral y el interrogatorio de parte de la actora donde no se evidencia confesión sobre algún aspecto que a ella le perjudicara, en consecuencia, indicó que resultaba procedente declarar la ineficacia de la afiliación.

Agregó que si bien la demandante realizó varios traslados entre fondos de pensiones privados, estos no convalidaban el consentimiento inicial y menos aún que en virtud de esos traslados la demandante hubiese recibido la información necesaria, pues los traslados posteriores al cambio de régimen quedaban cobijados con la misma ineficacia del primer traslado, en atención a que se trata de movimientos dentro del mismo RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación indicando que el acto de la afiliación no es unilateral, lo que implica que genera obligaciones para ambas partes ello de acuerdo al artículo 1495 del CC, pues si bien la AFP tiene el compromiso de informar suficientemente a su potencial afiliado, tal como se establece en sentencia CSJ SL1452-2019 el afiliado tiene el deber de concurrir debidamente ilustrado a la escogencia del régimen pensional, y ese silencio frente a las falencias en la afiliación genera que esta sea tácita.

Considera que la decisión de primera instancia afecta dos principios, el primero de la relatividad de los negocios jurídicos en atención a que Colpensiones no tuvo injerencia en el traslado que la demandante realizó al RAIS, y el segundo de la sostenibilidad financiera por cuanto esta clase de traslado significa una descapitalización al fondo común y afecta a los afiliados que desde siempre han cotizado al RPM. Agrega que como la demandante realizó varios traslados entre fondos privados, ratificó su intención de permanecer en el RAIS.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación sosteniendo que la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a la ineficacia del traslado de régimen es errada, porque trata indistintamente las figuras de la nulidad y de la ineficacia, cuando la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 explicó las diferencias marcadas que existen entre ineficacia de pleno derecho y nulidades, principalmente frente a sus consecuencias jurídicas.

Argumenta que para la fecha del traslado de la actora la ley no establecía como consecuencia a la falta del deber de información la ineficacia del acto jurídico, pues el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 fijó que si los actos de fuerza o dolo impiden a una persona vincularse a uno u otro régimen, lo que nada tiene que ver con el deber de información, por lo que en estos casos no procede la ineficacia de pleno derecho.

Arguye que en estos casos no hay carga dinámica de la prueba, pues el Código General del Proceso establece que la carga estática de la prueba sigue siendo la regla general y como excepción esta la declaración del juez a petición de parte o de oficio, elemento que no fue surtido dentro de este proceso por tanto la carga de demostrar el incumplimiento de las obligaciones de Porvenir radicaba en cabeza de la demandante.

Respecto de los gastos de administración refiere que se está imponiendo las consecuencias jurídicas de una nulidad y no de la ineficacia, pues la sanción que impone el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 es una multa, no el traslado de los gastos de administración, y que de llegarse al argumento de las restituciones mutuas del artículo 1746 del CC, señala que estas no son unilaterales.

Finalmente, menciona que la orden impartida de devolver a Colpensiones los gastos de administración y los rendimientos financieros, genera un enriquecimiento sin causa a esa entidad, pues de acogerse la ficción jurídica de que nunca estuvo en el RAIS sino en el RPM, debe entenderse que ese régimen no genera rendimientos financieros.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP Colpatria S.A. hoy PORVENIR S.A. es **ineficaz** por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, 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 para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora **MARTHA JANETH MOJICA MONROY** aportó al régimen de prima media desde el 31 de julio de 1989 hasta el 30 de junio de 1998 (fls. 62V, 47-49); que se trasladó al RAIS el 18 de junio de 1998 a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A.; que el 29 de noviembre de 1999 suscribió formulario de afiliación o traslado a Colfondos S.A. (fl. 82, 99); que el 04 de junio de 2002 firmó la vinculación o traslado a la AFP Porvenir S.A. fondo en que actualmente se encuentra afiliada; y que a fecha de corte 5 de septiembre de 2018

contaba con 904 semanas cotizadas al RAIS, las cuales sumadas a las del RPM equivalían a 1.401 (fls. 100-106)

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP Colpatria S.A. se denota que el accionante al momento de suscribirlas dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de esa Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento debieron informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenía que demostrar que tipo de información le brindó al momento de su traslado y afiliación a ésta, ya que, cuando se indica que la AFP no suministró la información pertinente que ilustrara a la persona al momento del traslado, se está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP: *«En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»*, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional (CSJ SL4373-2020, CSJ SL1688-2019), sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación de la accionante buscar a la entidad para que la ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicara sobre las diferencias de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP quien debió informarle desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia.

De otro lado, es claro que de acuerdo con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de*

*organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva **quedará sin efecto**.*

Frente a la anterior norma la Corte Suprema de Justicia entre otras, en sentencias CSJ SL3464-2019 y CSJ SL1688-2019 precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia, la cual se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas surgido con anterioridad al inicio de la *litis*.

Las anteriores providencias también recuerdan que dicho instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos y, valga referir in extenso, el alcance de la ineficacia, en los términos de la sentencia CSJ SL3464-2019, que memoró las decisiones plasmadas en las Sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019:

«[...] declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones»

Entonces, teniendo en cuenta que en el presente caso se demostró que la AFP Porvenir S.A. no cumplió su deber de información cuando la demandante se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual en junio de 1998, este quedó afectado por el fenómeno de la ineficacia, declaratoria que afecta a todos los traslados de fondos de pensiones que posteriormente realizó la accionante, por cuanto la aspiración en el

fondo entraña que se entienda que la afiliada permaneció en el Régimen de Prima Media, es decir, que para todos los efectos, nunca lo abandonó.

De ahí que, los traslados realizados por la demandante entre fondos de pensiones del régimen de ahorro individual no significa que la demandante hubiese ratificado su deseo de pertenecer a dicho régimen, ni significaba una convalidación en la omisión del deber de suministro de información suficiente, veraz y oportuna a que se ha venido haciendo alusión, pues la accionante al no haber tenido una asesoría en los términos aquí señalados no tenía autodeterminación para elegir realmente a cual régimen pensional quería pertenecer, pues la libertad presupone un conocimiento pleno sobre las consecuencias de una decisión.

Ahora bien, advierte la Sala que una vez verificada la sentencia CSJ SL1452-2019 sobre la cual se argumentan los efectos de la afiliación tácita, esta no corresponde a ese tema, ya que allí se analizaron varios problemas jurídicos, a saber: *“(1) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado”*, concluyendo la corte que: *i) las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; ii) 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; iii) que la carga de mostrar que informó suficientemente al afiliado es la AFP; y iv) que la ineficacia del traslado no depende de una condición especial del afiliado, sino del cumplimiento o no del deber de información.*

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca

ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020, SL 1467-2021, y SL 5680-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

*Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de **ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.***

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

En igual sentido se fijó en la sentencia CSJ SL5680-2021, en la puntualmente se estableció:

Tal como se expuso en casación y lo refirió el a quo, la consecuencia del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del acto de traslado, lo que implica que las partes deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. Dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se encontraba si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

*Por tal motivo, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades** (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020), al igual que los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, pues estos*

recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende la entidad accionada

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a **PORVENIR** S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, 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 accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, como quiera que sus recursos de alzada no salieron avante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

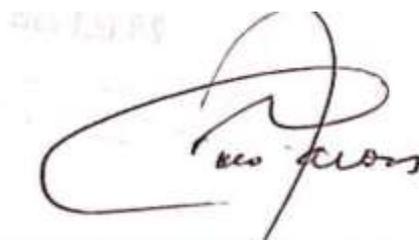
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia a apelada, proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP **PORVENIR S.A.** el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

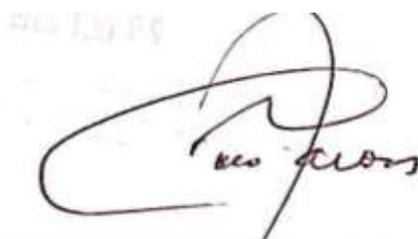


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES en la suma de \$1.000.000., cargo de cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA ÁLVAREZ PORRAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **MARTHA ÁLVAREZ PORRAS**, se **declare**: *i*) la nulidad o ineficacia del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, debido a la inadecuada asesoría e inducción en error; y *ii*) que está afiliada al régimen de prima media sin solución de continuidad. En consecuencia, se **condene** a la AFP Porvenir S.A. a entregar los respectivos bonos pensionales, liquidar el valor de los aportes existentes en la cuenta individual a su nombre con el respectivo cálculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por el cobro de administración y de servicios financieros y enviarlos o depositarlos en Colpensiones; se **ordene** a COLPENSIONES recibir los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual girados por la AFP Porvenir S.A.; y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 2 a 5), señaló en síntesis que nació el 24 de septiembre de 1957; que se afilió al régimen de prima media el 1° de febrero de 1978 cotizando un total de 768 semanas al ISS; que en septiembre de 1999 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A., entidad que no cumplió con el deber de información, al no brindarle la información necesaria e ilustración suficiente relacionada con las consecuencias del traslado de régimen, las ventajas y

beneficios de ambos regímenes pensionales, no le hicieron un comparativo de uno y otro régimen, no le explicaron que su pensión dependía del capital ahorrado, no le informaron sobre la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, y no se le ilustró sobre las modalidades pensionales; que según la historia laboral consolidada entre el RPM y el RAIS a fecha de corte 23 de enero de 2019 contaba con 1.573 semanas; que la AFP Porvenir S.A. le realizó una simulación pensional en la que le indicó que su mesada pensional se le reconocería a la edad de 61 años de edad en cuantía de un SMMLV; y que presentó reclamación ante COLPENSIONES y Porvenir S.A.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser ciertos los numerales 1, 2, 4, 5, 27 y 28; no ser cierto el numeral 3; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos, e innominada o genérica (fls. 56 a 66).

PORVENIR S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser cierto los numerales 1, 4, 5, 22, 23, 24, y 26; no ser cierto el numeral 6 al 21; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (fls. 111 a 114).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de julio de 2020 (CD – fl. 221), **declaró** la ineficacia de la afiliación que hiciera la demandante **MARTHA ÁLVAREZ PORRAS** al régimen de ahorro individual con solidaridad que en su caso administra Porvenir S.A., para tenerla como válidamente afiliada a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones; **Condenó** a Porvenir a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración; y **ordenó** a Colpensiones aceptar el traslado de la actora al régimen

de prima media con todos sus aportes; **condenó** en costas a Porvenir fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo.

Fundamentó su decisión, la Juez haciendo referencia a las diferentes sentencias relacionadas con la ineficacia del traslado que ha proferido la CSJ Sala Laboral, frente a las cuales podía observar que la AFP PORVENIR S.A. no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento del traslado de régimen de la demandante le suministró información clara, completa y comprensible sobre las consecuencias del traslado, toda vez que no existe constancia de que se le hubiera informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen, ni mucho menos de sus desventajas, la única prueba con la que se pretendía demostrar dicha obligación es con la suscripción del formulario de vinculación, el cual de manera alguna demuestra que el fondo privado hubiese cumplido con su deber de información, máxime que la demandante en su interrogatorio de parte no confesó que al momento de la suscripción del mencionado formulario el asesor le hubiese suministrado la información necesaria para conocer las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales. Indicó que no estudiaría si la demandante era beneficiaria del régimen de transición o si tenía una expectativa legítima, ya que, cuando se pretende la ineficacia solo se debe verificar si se cumplió con el deber de información.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. recurrió la decisión argumentando que no había razones que condujeran a la ineficacia del acto jurídico porque la demandante lo hizo de forma consciente, espontánea sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en las normas; que a la actora se le informó de forma suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y de todas y cada una de las características del RAIS dejando constancia de ello en el formulario de vinculación donde se dejó constancia de que lo hacía de forma voluntaria y libre; que la AFP atendió y cumplió todos los parámetros legales vigentes para el momento del traslado de la accionante, pues fue solo con la expedición del Decreto 2555 de 2010 y demás normas posteriores que quedó en cabezas de las administradoras de pensiones la obligación de asesoría e información, por ende no puede exigírsele el cumplimiento al deber de información en los términos exigidos por la Corte Suprema de Justicia; que a la afiliada no se le hizo simulación pensional porque no se hubiese ajustado a la realidad, pues esta varía en todos los casos de acuerdo a la expectativa de vida, a si tiene hijos o no, a la cantidad de capital ahorrado entre otras variables que no permitían hacer una proyección con exactitud; que durante la vigencia de la

afiliación al RAIS la demandante contó con varias oportunidades para regresar al régimen de prima media y no lo hizo, de lo que concluye que está siempre tuvo la intención de permanecer en ese régimen; indicó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de trasladarse de régimen consagrada en el literal e) artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y que esa información se le dio a conocer la Superintendencia financiera, y Asofondos mediante un comunicado de prensa; y finalmente sostuvo frente a los gastos de administración y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, que estos se dieron por ministerio de la ley durante toda la vinculación, de manera que esas sumas fueron debidamente invertidas conforme a la ley y ya no se encuentran en poder de la AFP.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación indicando que de acuerdo con el artículo 1495 del CC la afiliación no es un acto unilateral sino que genera obligaciones para ambas partes, y no solo para la AFP, pues según la sentencia CSJ SL1452-2019 la información dada por las AFPs no exonera al afiliado del deber de concurrir suficientemente informado a la escogencia de su régimen pensional; que existe jurisprudencia frente a la afiliación tacita cuando se guarda silencio frente a las deficiencias de la afiliación y que en el presente caso la demandante guardo silencio por más de 20 años, silencio que ratificó la afiliación y permanencia en el RAIS; que al declararse la ineficacia se afectan los principios de relatividad de los negocios jurídicos ya que Colpensiones no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen, y el de sostenibilidad financiera; además que la actora al momento de solicitar su traslado de régimen se encontraba inmersa en la causal del artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PORVENIR S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez

que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propios de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, 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 para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora **MARTHA ÁLVAREZ PORRAS** el 28 de septiembre de 1999 (fl.116), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., afiliación que fue efectiva a partir del 1° de noviembre de 1999 (fl.117), y aportó al régimen de prima media con prestación definida a través COLPENSIONES entre el 1 de febrero de 1978 hasta el 30 de septiembre de 1999 (fl. 69 a 70).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP demandada se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la

información suficiente por parte de las Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento debieron informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenía que demostrar que tipo de información le brindó al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación de la actora buscar a la entidad para que la ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicará sobre las diferencia de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP quien debió informarle desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia; y no es cierto que la demandante se preocupó de su situación pensional solo para el momento del cambio jurisprudencial, sino que fue a raíz de dichos criterios que se dio cuenta de las omisiones de la AFP al momento del traslado del régimen, lo cual además pudo detallar cuando llegó a la edad para pensionarse.

Ahora, en cuanto a que la entidad no tenía la obligación del deber de información para el momento en que surtió el traslado, por cuanto se encontraba amparado por el Decreto 663 de 1993, el cual no plasmaba dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, también se ha pronunciado al respecto, señalando 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 tránsito”* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las mismas de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las*

operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

Finalmente, aludió a que Ley 795 de 2003, “*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*» recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *“poder tomar decisiones informadas”*.

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021), de ahí que el traslado se torne ineficaz.

Ahora, frente al argumento de que la demandante se encontraba inmersa en la prohibición legal de trasladarse porque le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y que no cumplía con los requisitos de la sentencia CC C-1024 de 2004, advierte esta Sala de decisión que la ineficacia del traslado de régimen pensional no depende de una condición especial, sino únicamente de la omisión de las administradoras de pensiones al deber de información al momento de la suscripción del formulario de traslado que recae de forma estricta sobre ellas, omisión que en este caso la juez de primera instancia encontró acreditada, procediendo así las consecuencias jurídicas de la ineficacia.

De hecho, por tratarse de un derecho mínimo que consagra garantías en favor de los afiliados, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrarles oportunamente, información clara, cierta y comprensible de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, *«sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está o no próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de*

cada asunto» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3463-2019).

Lo anterior es así, porque en el caso que nos ocupa lo que la demandante pretende es que se declare la ineficacia por omisión al deber de información al momento de la suscripción del formulario para cambio de régimen pensional, esto es, septiembre de 1999, y no que se le revise si procede el traslado por no encontrarse inmersa en la prohibición consagrada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, razón por la cual estudiar este tema resulta inane para las resultas del proceso.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020, SL 1467-2021, y SL 5680-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

*Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de **ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.***

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

En igual sentido se fijó en la sentencia CSJ SL5680-2021, en la puntualmente se estableció:

Tal como se expuso en casación y lo refirió el a quo, la consecuencia del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del acto de traslado, lo que implica que las partes deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. Dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se encontraba si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

*Por tal motivo, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades** (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020), al igual que los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.*

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende la entidad accionada.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, como quiera que sus recursos de alzada no salieron avante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos,

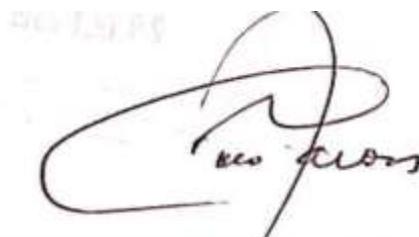
EXPEDIENTE No. 04 2019 00478 01

mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



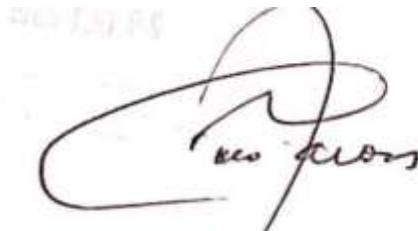
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

EXPEDIENTE No. 04 2019 00478 01

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$1.000.000 por cada una.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular stamp or watermark.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ROSALBA CARRILLO REY contra
COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL FLORES DEL RIO S.A.S.**

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

La señora **ROSALBA CARRILLO REY** llamó a juicio a la **COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL FLORES DEL RIO S.A.S.**, con el fin de que de **manera principal** se **declare** la ineficacia jurídica del despido del que fue objeto el 2 de junio de 2018. En consecuencia, se **declare** la no solución de continuidad del contrato de trabajo; se **ordene** a la demandada reintegrarla al cargo que venía desempeñando o en caso de no ser posible, a uno de la misma categoría, efectuando la cancelación de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde su desvinculación hasta la reinstalación; se **ordene** el pago de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por cuanto su empleador no obtuvo la correspondiente autorización por parte del inspector de trabajo para su despido; y se **condene** en costas.

Fundamentó sus peticiones (fls. 21-28), básicamente, en que celebró contrato de trabajo a término fijo por dos meses con la sociedad demandada, el cual fue prorrogado por tres (3) periodos consecutivos, de tal manera que a partir del 8 de julio de 2017 se convirtió en un contrato a término fijo por un (1) año; que el cargo

Expediente No. 142018 00710 01

desempeñado fue de operaria de cultivo de flores, en la vereda Chorrillos ubicada en la vía Suba-Cota; y que el último salario devengado fue de \$781.242 sin subsidio de transporte.

Señaló que el 12 de septiembre de 2017 asistió a consulta externa en razón del dolor de cadera que la aquejaba y el cual se irradiaba hasta la pierna, donde le diagnosticaron *“lumbago no especificado”*, que posteriormente el 13 de marzo de 2018 se consignó en su historia clínica *“paciente con evidencia de discopatía”*, que el 20 de marzo de 2018 tuvo cita con fisioterapia por ese mismo dolor, y esta plasmó en la historia clínica *“deficiencia estructural en columna lumbar, que genera dolor, restricción y dificultad en la realización de sus actividades diarias y laborales”*, que el 3 de abril de 2018 la fisioterapeuta le recomendó a la demandante *“evitar fuerza, evitar movimientos repetitivos, realizar pausas activas, no levantar objetos pesados, no empujar halar... evitar posturas prolongadas”*, el 13 de abril de 2018 el médico general le recomendó a la accionante restricciones para agacharse y levantar pesos mayores a 20 kilos, hasta nueva valoración del médico de EPS, y que el 18 de mayo de 2018 se presentó a consulta externa en razón de la persistencia del dolor lumbar, a pesar del manejo médico, oportunidad en que el galeno le envió valoración por ortopedia y dio signos de alarma y recomendaciones generales.

Agregó que el 2 de junio de 2018 la directora de gestión humana de Flores del Rio SAS le comunicó la terminación del contrato de trabajo, con efectos a partir de esa fecha, que no se pidió permiso al Inspector de Trabajo, y que a la fecha se encuentra desempleada y con pocas probabilidades de acceder a un trabajo, debido a la Discopatía Lumbar que afecta su salud.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL FLORES DEL RIO S.A.S.** contestó (fls. 61-79) oponiéndose a las pretensiones de la demanda, y en cuanto a los hechos, aceptó la existencia del contrato de trabajo a término fijo y sus prórrogas, el cargo desempeñado, el lugar de prestación del servicio, el último salario devengado, la fecha de terminación del vínculo, aclarando que pagó la indemnización de ley, y que no solicitó autorización a inspector del trabajo para dicha decisión porque era su facultad y además la demandante no se encontraba en incapacidad médica, ni en terapias y/o tratamiento médico y tampoco estaba calificada con una pérdida de la

Expediente No. 142018 00710 01

capacidad laboral; y frente a los demás dijo no constarle como quiera que las consultas médicas nunca fueron notificadas a la empresa.

En su defensa propuso como excepciones las de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe, ausencia de título y de causa en las pretensiones, ausencia de obligación, cosa juzgada, y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 6 de diciembre de 2019, resolvió **absolver** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, relevarse del estudio de las excepciones propuestas, y condenar en costas a la demandante.

Como **argumentos de su decisión**, indicó que no existía controversia respecto a la existencia del contrato de trabajo a término fijo, ni en torno a los extremos temporales de este, sobre lo que recaía el debate era si la terminación del contrato de trabajo era ineficaz por no haber solicitado el empleador autorización para ello, en razón a que a la demandante se le diagnosticó discopatía lumbar.

Señaló que ninguna persona en situación de discapacidad podía ser despedida o su contrato terminado por su discapacidad salvo que medie autorización del ministerio, conforme lo dispone el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, aclarando que conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, la anterior norma no prohíbe el despido de un trabajador en situación de discapacidad, sino que lo que se sanciona es que tal acto este precedido de criterio discriminatorio es decir, que la decisión hubiese estado motivada en razón al estado de salud del trabajador.

Argumentó que se acoge al criterio dado por la Corte Constitucional en el entendido que la protección por debilidad manifiesta por su estado de salud no es exclusiva de quienes han sido calificados con pérdida de la capacidad laboral moderada, severa o profunda por cuanto ese derecho tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan afectación en la salud que impidan o dificulten el desempeño de las labores en condiciones regulares, y en consecuencia la persona no puede verse discriminada en razón de esa condición.

Refirió que conforme el material probatorio se evidenciaba que la demandante presentó dolores lumbares que dieron lugar a ir el 12 de septiembre de 2017 a su médico tratante, que regresó hasta marzo de 2018 por igual circunstancia momento en que se le diagnosticó discopatía lumbar, programándole 4 terapias ejecutadas en marzo y abril de ese año; y que el 13 abril de 2018, le fue emitida por la Clínica Chía incapacidad por un (1) día, documento en que se anotó restricción para agacharse y levantar pesos superiores a 20kg hasta nueva valoración.

De lo anterior, concluyó, que pese a existir una dolencia tal como se acreditó con su historia clínica, ello no resulta suficiente para detentar estabilidad laboral reforzada, pues no evidenció una afectación importante en su desempeño como empleada del cultivo, tanto así, que después de la incapacidad no fue otorgada otra adicional por la misma o similar patología, incluso después de finalizar el vínculo laboral no tuvo otra anomalía, además que si bien se le ordenaron cuatro (4) terapias realizadas entre marzo y abril de 2018, del detalle de las consultas el dolor que refería era en una escala de 1-2 o 4 entre 10, es decir, moderado emitiéndose recomendaciones dirigidas principalmente a la demandante, tal como realizar ejercicios en casa, aplicar frío o calor, evitar fuerzas o movimientos repetitivos, no levantar objeto pesados, hacer ejercicios, dieta saludable, entre otras de orden personal, recomendaciones que no son indicativas de restricción trascendental en su actividad como operaria.

Arguyó que en la incapacidad del 13 abril de 2018 (fl. 13) se plasmó una restricción a la trabajadora para agacharse y levantar pesos mayores a 20kg hasta que se hiciera valoración del médico de la EPS, no obstante conforme lo relatado por los testigos las funciones de la demandante no implicaban agacharse y levantar pesos excesivos esto es de más de 20 kg, restricción que impuso su médico tratante, pues ambas fueron coincidentes en que la actora debía cortar las flores, empacarlas y transportarla con ayuda mecánica en un carro para enviarlas a otra área y en otras ocasiones barría.

Consideró que aunque la empleadora se encontraba informada de las restricciones plasmadas en la incapacidad del 13 de abril de 2018 radicada en sus instalaciones, ello no limitaba el desarrollo de sus funciones, de modo que no podía deducirse que fue el estado de salud el que motivó su despido.

En consecuencia, concluyó que pese a que el empleador si tenía conocimiento de la patología y las restricciones plasmadas en la incapacidad, lo cierto era que al estar acreditado que su estado de salud no limitaba las funciones que ejecutaba, el despido

no se había dado en razón a su enfermedad, sino en virtud de la facultad que tiene el empleador con la correspondiente indemnización por despido injusto.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, interpuso recurso de apelación por considerar que la a quo no tuvo en cuenta que el diagnóstico médico discopatía lumbar, tratamientos, restricciones, terapias recomendadas y signos de alarma que le dio a la demandante el médico tratante; que de las restricciones dadas el 13 de abril de 2018 y los signos de alarma y recomendaciones generales de fecha 18 de marzo de 2018 se podía inferir que la empleadora le terminó el vínculo laboral treinta y cinco (35) días antes de vencido el plazo, debido a su estado de salud.

Cita lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y algunos apartes de las sentencias CC C531 de 2000 y CC T-198 de 2006 sobre la estabilidad laboral, para concluir que la decisión de primera instancia es lesiva para la trabajadora, porque no le ofrece garantías reales.

Finalmente, señala que apela la condena en costas, por ser “*totalmente indignante*”. Que las decisiones injustas no atan al juez ni a las partes, pues la Constitución y la Ley lo que buscan es proteger a las personas que sufren una disminución en su trabajo por estar en tratamiento médico que va hasta su recuperación, y más aún cuando la demandante depende de su salario e ingresos.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si al momento de la culminación del contrato laboral la actora gozaba de estabilidad laboral reforzada. En caso afirmativo, se determinará si hay lugar a reintegrarla al mismo cargo que ocupaba a la finalización del vínculo u otro de igual o superior categoría, junto al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de pagar desde el momento del despido y hasta que se produzca el reintegro.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes lo cual fue aceptado por la demandada y se encuentra corroborado con la documental obrante a folio 3 y 43, de donde se colige que la señora ROSALBA CARRILLO REY laboró al servicio de la COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL FLORES DEL RIO S.A.S., mediante un contrato de trabajo a término fijo por dos (2) meses, desde el 8 de noviembre de 2016 hasta el 7 de enero de 2017, el cual se prorrogó, así: *i)* del 8 de enero de 2017 a 7 marzo de 2017; *ii)* del 8 de marzo de 2017 al 7 mayo de 2017; *iii)* del 8 de mayo de 2017 al 7 de julio de 2017; y *iv)* del 8 de julio de 2017 al 7 de julio de 2018. Que el cargo desempeñado fue el de operaria de cultivo de flores, y que el contrato finalizó el 2 de junio de 2018 por voluntad del empleador con el pago de la indemnización correspondiente.

Estabilidad laboral reforzada

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia SU – 049 de 2017, indicó:

“4.7. Según lo anterior, la Constitución consagra el derecho a una estabilidad ocupacional reforzada para las personas en condiciones de debilidad manifiesta por sus problemas de salud. Ahora bien, como se pudo observar, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no solo quienes han tenido una pérdida ya calificada de capacidad laboral en un grado moderado, severo o profundo – definido conforme a la reglamentación sobre la materia-, sino también quienes experimentan una afectación de salud que les “impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares” (sentencia T-1040 de 2001). La experiencia acumulada por la jurisprudencia muestra que estas personas están también expuestas a perder sus vínculos ocupacionales solo o principalmente por ese motivo y, en consecuencia, a ser discriminados a causa de sus afectaciones de salud.”

(...)

“8.1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.”

Así mismo, dicha Corporación en proveído SU – 040 de 2018, expresó:

“3.2. La figura de “estabilidad laboral reforzada” tiene por titulares a: (i) mujeres embarazadas; (ii) personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; (iii) aforados sindicales; y (iv) madres cabeza de familia. En el caso de las personas con discapacidad, “es el derecho que garantiza la permanencia en el empleo, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o sicológica, como medida de

*protección especial y de conformidad con su capacidad laboral.” Adicionalmente, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad. En este contexto, **la estabilidad laboral reforzada hace ineficaz el despido o desvinculación cuando la razón del mismo es la condición especial que caracteriza al trabajador.**”*

(...)

“3.3. Así las cosas, existe desconocimiento de los fundamentos constitucionales y, especialmente, de los principios de igualdad y solidaridad cuando se evidencia un trato diferente o discriminatorio a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las calificadas como personas en situación de discapacidad, con independencia de la relación laboral acordada entre las partes.”

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia cambió el criterio frente al tema de la estabilidad laboral reforzada y en sentencia SL 1360 del 11 de abril de 2018, efectuando una interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, señaló:

“a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.”

“b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.”

“c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas.”

Conforme a la cita jurisprudencial referida, le corresponde al trabajador únicamente demostrar que se encontraba en situación de discapacidad y que ello, fue la razón del despido, por su parte debe el empleador demostrar las justas causas alegadas para que se configure la estabilidad laboral reforzada, de manera que no se requiere la existencia de una calificación previa que acredite una discapacidad.

Para resolver el caso objeto de estudio, es necesario traer a colación las pruebas recaudadas dentro del expediente, dentro de la cual se encuentra historia clínica, de donde se lee:

1. Consulta externa, fecha 12 de septiembre de 2017 (fl. 4-5), diagnóstico Lumbago no especificado, que se tomó una radiografía de columna lumbosacra y arrojó resultado “*discopatía leve*”, y que se le recetaron medicamentos.
2. Primer control por Consulta externa 13 de marzo de 2018 (fl. 5), diagnóstico lumbago no especificado, se solicita valoración por parte de fisioterapia se dan recomendaciones nutricionales, de autocuidado, hacer ejercicio, pausas activas, lavados de manos, autoexamen de seno, protección solar y estilo de vida saludable, prevención de accidentes, actividades lúdicas, y aprovechamiento del tiempo libre.
3. Consulta por medicina general (fl. 13) en la Clínica Chía S.A., el 13 de abril de 2018, por diagnóstico Desplazamiento especificados de disco intervertebral, se emite incapacidad de un (1) días, que se cumplió ese mismo 13 de abril de 2018, y en la descripción se plasmó “*restricción para agacharse y levantar pesos mayores a 20 KG hasta nueva valoración de médico EPS*”.
4. Segundo control por Consulta externa 18 de mayo de 2018 (fl. 6), diagnóstico lumbago no especificado, en el resumen y comentarios se indica que la paciente refiere persistencia del dolor, por lo que considera solicitar valoración por parte de ortopedia se dan signos de alarma y recomendaciones generales. Y se suscribe medicamentos.

De la historia clínica expedida por fisioterapia (fl.8 a 12) se evidencia:

1. Consulta externa de fecha 20 de marzo de 2018, donde se programa plan de 5 sesiones 2 por semana según disponibilidad escuela de espalda, se realiza la primera terapia, y se dan indicaciones y recomendaciones de tipo personal, tales como, realizar ejercicios en casa, aplicar calor y frío, evitar hacer fuerza, movimientos repetitivos, no levantar objetos pesados, no empujar o halar, no subir y bajar escaleras continuamente, evitar posturas prolongadas, y realizar pausas activas.
2. Segunda terapia, 27 de marzo de 2018 se registra inicio y finalización de la misma y se indica por parte de la demandante que el dolor disminuyó a 2/10 continuo.
3. Tercera terapia, 3 de abril de 2018 se registra inicio y finalización de la misma y se indica por parte de la demandante que el dolor lumbar se mantiene en 2/10 continuo.

4. Cuarta terapia, 10 de abril de 2018 se registra inicio y finalización de la misma y se indica por parte de la demandante que el dolor lumbar se mantiene en 1/10 ocasional.

De las anteriores pruebas documentales no se evidencia que la demandante sea una persona en situación de discapacidad, pues de su historia clínica no se deduce que tuviese algún tipo de limitación física con ocasión del Lumbago o la discopatía, pues si bien, debía tener algunas precauciones en sus movimientos, en el levantamiento de peso y en su vida cotidiana, ello no denota merma en su capacidad para trabajar, que la limitara, le impidiera o le dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares.

Lo anterior, es así, porque de acuerdo a lo declarado por la representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte, a la empleadora no le notificaron recomendaciones médico laborales para la aquí demandante, no se le informó que ella se encontrara en un estado de salud determinado y que ella tampoco reportó anomalía en su salud, que si se presentaron unas incapacidades de uno o dos días; por su parte la demandante manifestó que le notificó a la demandada de su condición de salud a través de las incapacidades que la última había sido en abril de 2018, y que en el mes de septiembre de “2018” (*sic*) cuando se encontraba laborando informó a su supervisora del dolor de columna y ella le dijo que se fuera por urgencias, a lo que hizo caso, y que fue allí donde le dieron incapacidad; de otro lado la testigo BLANCA GONZALEZ PINILLA compañera de trabajo de la accionante hasta marzo de 2018, señaló que las funciones de la demandante era “*corte de plantas, desbotonar... allá usábamos un carro para empacar la flor y pasábamos caminando para poner en camas las flores*”, y que ella se quejaba mucho de dolor en la cintura, y las piernas porque tenía un problema lumbar.

Por su parte, la testigo SANDRA PATRICIA PAEZ secretaria de gestión humana de la demandada, informó que recibió tres incapacidades de la demandante de uno o dos días, que la última fue en abril de 2018, que a la empresa no se reportó condiciones o restricciones por salud de la actora, que ella no solicitaba permiso para ir a citas médicas o terapias, y que la demandante no se ausentaba; y finalmente la testigo ARCELY CORREDOR ROJAS directora de producto (jefe directa de la demandante) indicó que las funciones de la accionante eran cortar las rosas y enviarlas a post cosecha para venderlas, que la trabajadora no tenía recomendaciones médicas, que

ejecutaba sus labores, que nunca tuvo un llamado de atención y tampoco se ausentó por temas médicos, a excepción de los días de incapacidad.

De lo anterior, se evidencia que las funciones de la demandante eran corta rosas, empacarlas y transportarla con ayuda de un carro para enviarlas a otra área para venderlas, funciones que no se vieron afectadas con ocasión de las dolencias de la demandante, pues tanto ella como su jefe directa informaron que las funciones se continuaron desarrollando con normalidad, y no está demostrado que para el cumplimiento de esas funciones la señora Carrillo Rey debiera agacharse o levantar peso mayor a 20 KG, que fue la restricción que puso el medico en la incapacidad laboral emitida el 13 de abril de 2018.

Recuérdese, que no cualquier afectación de la salud resulta suficiente para sostener que hay lugar a considerar al trabajador como un sujeto de especial protección constitucional, pues esta garantía está dada para proteger a las personas que sufren una condición de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en circunstancias regulares, situación que en el presente caso no ocurre y por ello no hay lugar a pretendida protección.

Ahora, nótese que para el 2 de junio de 2018 data en que se dio por finalizado el contrato de trabajo a término fijo, la actora no se encontraba incapacitada, no se hallaba en tratamiento médico, no tenía una limitación o restricción laboral, ni de ningún otro tipo, ya que no obra prueba de ello en el expediente, como quiera que las terapias ordenadas ya habían finalizado y la demandante refirió que sentía 1/10 de dolor ocasional, y si bien el 18 de mayo de 2018 regresó a consulta médica porque persistía el dolor, como ya se indicó no es cualquier afectación la que genera estabilidad laboral, debe limitar, impedir o mermar sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, de tal manera que sitúe al trabajador en riesgo de discriminación a pesar de que pueda prestar personalmente el servicio.

Así, se evidencia que la terminación del contrato de trabajo no se dio con ocasión de un determinado estado de salud de la demandante, sino en ejercicio de su facultad de dar por terminado el contrato de trabajo en cualquier tiempo, incluso sin justa causa, con el correspondiente pago de la indemnización establecida en la ley.

En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

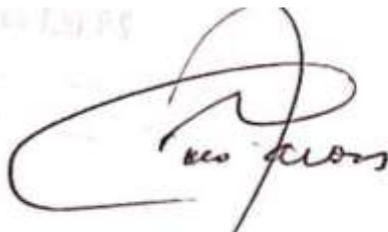
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

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

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

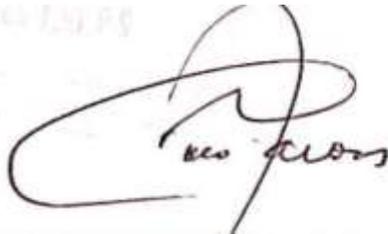


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$500.000 pesos.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular stamp or watermark.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁLVARO MANUEL MARTÍN RUEDA BARVO
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la
AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **ÁLVARO MANUEL MARTÍN RUEDA BARVO**, se **declare** que la AFP Porvenir S.A. al trasladarlo el 7 de diciembre de 1994 del ISS, lo asesoraron de manera errada e inadecuada, sin un análisis juicioso y profesional sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al régimen de ahorro individual. En consecuencia, se **decrete** la nulidad del traslado de régimen al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.; se **ordene** a la AFP Porvenir S.A. trasladar al demandante al régimen de prima media con solidaridad con todos sus aportes, rendimientos y semanas cotizadas, como si nunca se hubiese trasladado de régimen pensional; se **ordene** a Colpensiones aceptar el traslado del actor a esa entidad; se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales y agencias en derecho (fl. 3 a 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 4 a 6), señaló en síntesis que nació el 1° de enero de 1959; que se afilió a régimen de prima media el 13 de octubre de 1994; que el 7 de diciembre de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A., por una mala asesoría, pues el asesor le informó que no perdería ningún beneficio, sino que además podía pensionarse antes de la edad requerida, que tendría derecho a excedente de libre disposición, y que recibiría una pensión con un monto

mayor a la que le reconocería el ISS, y que no le informaron antes de cumplir 52 años que podía regresar de nuevo al régimen de prima media; que de acuerdo a la historia laboral consolidada al momento de la presentación de la demanda tenía un total de 1.219 semanas cotizadas al sistema general de pensiones; que la AFP Porvenir S.A. le informó que tendría derecho a un pensión a los 62 años de edad, en cuantía de \$1.906.100 aplicándole una tasa de reemplazo del 9.76%; que de haber permanecido en el régimen de prima media la pensión a los 62 años de edad equivaldría a \$6.456.882 con una tasa de reemplazo del 58.10%; y que presentó reclamación ante COLPENSIONES.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser ciertos los numerales 1, 2, 3, 6, 10, y 11; no ser cierto el numeral 16; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo falta las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de la seguridad social del orden público, e innominada o genérica (fls.84 a 92).

PORVENIR S.A. se le tuvo por no contestada la demanda mediante auto de fecha 27 de agosto de 2017 (fl. 164-166).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de septiembre de 2020 (CD – fl.229), **declaró** no probadas las excepciones de inexistencia del para regresar al RPM, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad y prescripción, propuestas por Colpensiones; **declaró** que el traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS administrado por PORVENIR S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; **declaró** que el señor ÁLVARO MANUEL MARTÍN RUEDA BARVO, se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación del demandante sin solución de continuidad; **ordenó** a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que conformen la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales,

rendimientos, e intereses a que haya lugar, y sin autorizar a Porvenir S.A., a efectuar descuento alguno ni siquiera a título de gastos de administración, de la cuenta de ahorro individual del demandante, debiendo asumir de su propio patrimonio el valor de los gastos de administración; **ordenó** a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos a favor del demandante que efectúe PORVENIR S.A., y convalidarlos en la historia laboral del actor para los efectos a que haya lugar; y finalmente, **condenó** en costas a las demandadas, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$900.000.

Fundamentó su decisión, el Juez haciendo referencia a las diferentes sentencias relacionadas con la ineficacia del traslado que ha proferidas por la CSJ Sala Laboral, frente a las cuales podía observar que la AFP PORVENIR S.A. no cumplió con la carga probatoria respecto de la asesoría que se le brindó al demandante en el año 1994 al momento de su traslado de régimen pensional, toda vez que no existía constancia de que se le hubiera informado de forma completa y clara sobre cómo se conformaría su derecho pensional, las características y condiciones jurídicas, financieras, económicas y actuariales de ambos régimen pensionales.

Que en el expediente se encuentra el formulario de afiliación a Porvenir en que se plasmó que el afiliado lo firmó de forma libre y voluntaria, pero no se dejó constancia de la información que se le suministró acerca de las características propias de cada régimen pensional, razón por la que concluyó que la tarea del asesor de Porvenir S.A. fue meramente comercial y no técnica, pues su único propósito fue exponer la ventajas del RAIS, pero sin ahondar en aspectos de tipo técnico, como por ejemplo, como se cuantificaría o como se conformaría el derecho pensional en ese sistema, o el monto pensional, los requisitos y condiciones para tener un mejor derecho pensional hablando de forma comparada de los regímenes pensionales.

Arguyó que del interrogatorio de parte rendido por el demandante no se extrae confesión en favor de las demandadas, pues de él no se desprende que Porvenir hubiese cumplido con el deber de información en una etapa previa a la suscripción del formulario de vinculación en los términos que la Ley y la jurisprudencia exigen.

Indicó que de la comunicación emitida por Porvenir S.A. el 25 de julio de 2018 en la que se realizó la simulación pensional al demandante se evidenciaba claramente que para el demandante era bastante desfavorable permanecer afiliado al RAIS, ya que, se le ofrecía una pensión a sus 62 años de edad, calculada sobre un IBL de \$11.688.486, en cuantía mensual de 1.906.100 a la cual le aplicaría una tasa de reemplazo del

9.76% , mientras que en el régimen de prima media le correspondería dadas las condiciones de este caso un 60% sobre ese mismo IBL, circunstancia que de ver sido explicada al hoy demandante hubiese cambio su decisión de trasladarse de régimen.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación únicamente contra la condena a la devolución de gastos de administración, teniendo en consideración que si por efectos de la ineficacia el traslado no surte efectos, no habría a devolver ningún valor por concepto de gastos de administración, porque la ley 100 de 1993 señala que los gastos de administración son descontados en ambos regímenes pensionales en cuantía de un porcentaje del 3%, es decir, este descuento no es de manera caprichosa.

Pretende que de confirmarse el punto objeto de alzada, se devuelva a Porvenir S.A. los valores de los rendimientos financieros que acrecentaron la cuenta de ahorro individual del actor, y que fueron fruto de una gestión y para lo cual se descontaba el 3%, toda vez que la afiliación a este fondo no surtió efectos.

Advierte además, que los dineros descontados por gastos de administración son valores que ya no se causaron, y de que asumirlos por parte de ellos les generaría un perjuicio, y por el contrario para Colpensiones sería un enriquecimiento sin justa causa, pues esta por mandato legal también está obligada a descontar dichos valores, además que va a recibir los gastos de administración y también los rendimientos financieros

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación indicando que respecto del argumento del *a quo* según el cual el formulario suscrito en el año 1994 contenía una información genérica que permitía evidenciar que el asesor se encontraba cumpliendo una función comercial y no técnica con miras a informar y asesorar íntegramente al demandante respecto de la solicitud de la suscripción de afiliación, ello no era así, porque si bien desde el momento de la creación de las AFPs estas tenía en su cabeza el deber de información en virtud de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, este deber solo se intensificó con la expedición de la Ley 1328 de 2009 convirtiéndose en el deber de asesoría y buen consejo, por lo que no es dable exigir las mismas formalidades al traslado del actor realizado en 1994, y darle el mismo alcance que el legislador y la jurisprudencia le han dado con el transcurso del tiempo.

Indica que en el interrogatorio de parte del actor, se logra identificar que el demandante si recibió una asesoría que fue grupal durante 20 minutos en la cual recibió información respecto a los aspectos que resaltan en este proceso, pero qué es perfectamente posible que tratándose de una asesoría que recibió hace más de 20 años, no recuerde a detalle todo lo que se le informó en ese momento, además el actor menciona conocer aspectos tales como que podría llegar a tener una mejor mesada pensional en régimen de ahorro individual con solidaridad lo cual es perfectamente posible, se le enumeraron algunos beneficios del RAIS, e inclusive se le recordó la crisis por la que estaba pasando el instituto de seguros sociales.

Señala en cuanto al aspecto que el juez de primera instancia explica como desfavorable, que para el año 1994 no era posible hacer proyecciones para mirar si al demandante el monto de la pensión le era más favorable en el régimen de prima medio o en el de ahorro individual, y en ese sentido esas condiciones desfavorables que enuncia el despacho, no resultan ser un sustento para justificar que en el año 1994 no se le hubiere advertido al afiliado sobre esta consecuencia.

Finalmente expone que el demandante como consumidor financiero tenía la obligación de informarse y aprovechar los mecanismos de divulgación de la información y capacitación para conocer el funcionamiento del sistema general de pensiones, y teniendo en cuenta que la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 del 2003 y demás normativa que ha desarrollado la materia son de público conocimiento y obligatorio conocimiento para todos los ciudadanos colombianos.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP PORVENIR es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error,

fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, 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 para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor **ÁLVARO MANUEL MARTÍN RUEDA BARVO** el 7 de diciembre de 1994 (fl. 39), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., afiliación que fue efectiva a partir del 1° de enero de 1995, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través COLPENSIONES entre el 13 de octubre y el 31 de diciembre de 1994 un total de 11,43 semanas (fl.35); y al régimen de ahorro individual a fecha de corte julio de 2018 un total de 1,208 semanas (fl. 40 a 44).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP demandada se denota que el accionante al momento de suscribirlas dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la

información suficiente por parte de las Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento debieron informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenía que demostrar que tipo de información le brindó al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación del actor buscar a la entidad para que lo ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicará sobre las diferencia de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP quien debió informarle desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia; y no es cierto que el actor se preocupó de su situación pensional solo para el momento del cambio jurisprudencial, sino que fue a raíz de dichos criterios que se dio cuenta de las omisiones de la AFP al momento del traslado del régimen, lo cual además pudo detallar cuando llegó a la edad para pensionarse.

Claro está que todos los asuntos relacionados con la solicitud de ineficacia de traslado por falta de información son distintos como lo resalta el Colpensiones, por ende, cada uno debe abordarse de manera diferente, sin embargo, deben ceñirse a los parámetros jurisprudenciales relacionados para el asunto, tal como se analizó por la *a quo*, de suerte que no es dable predicarse que su decisión se hizo de manera automática, pues era obligación de Porvenir S.A. informar justo ante de firmar el formulario de vinculación sobre las características del régimen de ahorro individual y sus diferencias con el régimen de prima media, pues téngase en cuenta que para el momento de su traslado se trataba de un régimen nuevo que ni siquiera sus propios asesores tenía pleno conocimiento del tema, por lo que estos simplemente se basaban en brindar la información respecto de los beneficios del sistema, dejando a un lado las desventajas del mismo, que claramente influían al momento del reconocimiento pensional, tal como lo afirmó el juez de primera instancia.

Ahora, en cuanto a que la entidad no tenía la obligación del deber de información para el momento en que surtió el traslado, por cuanto se encontraba amparado por el Decreto 663 de 1993, el cual no plasmaba dicha obligación, la Corte Suprema de

Justicia Sala Laboral, también se ha pronunciado al respecto, señalando 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 tránsito”* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”*.

Finalmente, aludió a que Ley 795 de 2003, *“Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”* recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021), de ahí que el traslado se torne ineficaz.

Ahora, respecto de que en el interrogatorio de parte el actor mencionó que se le había dado una asesoría grupal por espacio de 20 minutos aproximadamente y que este conocía algunas particularidades del RAIS, se recuerda que los deberes y obligaciones de los fondos para tener como válido ese acto son, informar a la persona de una manera clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, diferencias, beneficios, riesgos, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, y no de

algunos de ellos, pues como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral la omisión a este deber no solo se produce en lo que se afirma, sino también en lo que se guarda silencio, lo que produce que la decisión de traslado se tome sin el pleno conocimiento de lo que ello implica.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020 y SL 1467-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

*“Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de **ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.***

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

En igual sentido se fijó en la sentencia CSJ SL5680-2021, en la puntualmente se estableció frente a este tema y de cara a las primas de seguros previsionales que:

Tal como se expuso en casación y lo refirió el a quo, la consecuencia del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del acto de traslado, lo que implica que las partes deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. Dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se encontraba si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

Por tal motivo, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020), al igual que los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende la entidad accionada.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, como quiera que sus recursos de alzada no salieron avante.

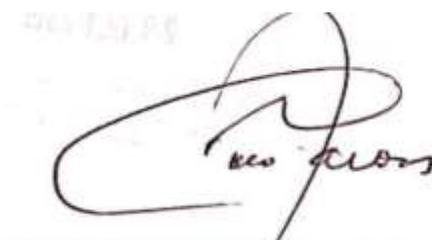
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

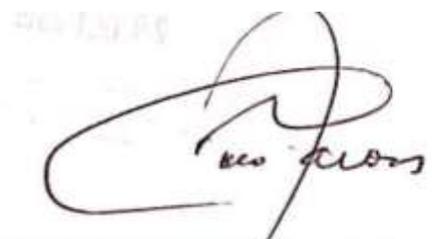


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES en la suma de \$1.000.000., cargo de cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LILIANA OCAMPO SEPÚLVEDA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **LILIANA OCAMPO SEPÚLVEDA**, se **declare**: *i)* que BBVA Horizonte pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., al trasladarla de Cajanal el 1° de enero de 1997 la asesoró errada e inadecuadamente, sin un análisis juicioso y profesional sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al régimen de ahorro individual; y *ii)* que el fondo privado no le suministró información completa, verídica y comprensible antes de cumplir 47 años de edad respecto de que régimen pensional le resultaba más favorable. En consecuencia, se **decrete** la nulidad del traslado realizado al RAIS; se **ordene** a Porvenir S.A. trasladarla al régimen de prima media administrado por Colpensiones con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas; se ordene a Colpensiones aceptar su traslado a ese régimen pensional; se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas y agencias procesales (fl. 72-73).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 73-75), señaló en síntesis que nació el 15 de enero de 1957; que el 19 de febrero de 1987 se vinculó con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar siendo afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social hoy liquidada; que el 1° de enero de 1997 por una mala asesoría se trasladó al RAIS concretamente a BBVA Horizonte pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. pues

el asesor de esta entidad le informó que no perdería ningún beneficio, sino que además podría pensionarse antes de la edad requerida, que tendría derecho a excedentes de libre disponibilidad, y que su mesada pensional sería mayor a la que tendría con Cajanal; y que el total de semanas cotizadas al sistema general de pensiones es 1.572.

Señaló que antes de cumplir 47 años de edad no recibió por parte de Porvenir S.A. una asesoría profesional respecto de la posibilidad de regresar al RPM; que el fondo privado el 27 de octubre de 2017 le remitió comunicación sobre su posible mesada pensional informándole que sobre un IBL de \$5.853.361 y a los 60 años de edad tendría derecho a una mensualidad de \$2.522.700 equivalente al 26.46% de tasa de reemplazo; que realizada la liquidación de la pensión en el RPM le arroja un IBL de \$6.102.282, por lo que su mesada sería de \$5.492.054 aplicándole una tasa de reemplazo del 90%. Agregó que de haber conocido la proyección pensional con anterioridad al traslado era imposible que hubiera tomado tal decisión y que no fue asesorada sobre los alcances negativos que le generaría el traslado de régimen.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, y que actualmente se encuentra afiliada a la AFP Porvenir S.A.; frente a los demás indicó que no le constaban o que no eran ciertos, ya que desconoce la vinculación de la accionante con Cajanal, la cantidad de semanas aportadas y las circunstancias del traslado de régimen pensional. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica (fls. 110-127)

PORVENIR S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la cantidad de semanas cotizadas al sistema general de pensiones, y que no le avisó a la accionante antes de cumplir 47 años la posibilidad de regresar al RPM; frente a los demás indicó que no le constaban o que no eran ciertos, pues consideró que a la afiliada se le brindó la información sobre las características del RAIS plasmadas en la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las

obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, e innominada o genérica (fls. 158-165).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de junio de 2020 (CD – fl. 204), **declaró** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS el 5 de diciembre de 1996; **ordenó** a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; **declaró** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; y **condenó** en costas a Porvenir S.A. en suma de \$1.000.000.

Fundamentó de su decisión: la Juez haciendo referencia a las diferentes sentencias relacionadas con la ineficacia del traslado que ha proferido la CSJ Sala Laboral, señaló que la carga de la prueba recaía sobre Porvenir S.A. quien debía demostrar que clase de información le dio a la demandante y si la misma fue veraz, además de comprender las consecuencias tanto positivas como negativas de su decisión, y como ello no sucedió, el traslado se tornó ineficaz, pues la AFP demandada no allegó pruebas de la información dada a la actora, ni de que el asesor que la atendió en 1996 era especialista en la materia, y del interrogatorio de parte de la demandante no se deduce que Porvenir hubiese cumplido con su deber de información en los términos fijados por la ley y por la jurisprudencia.

Indicó que en el presente asunto la demandante era posiblemente beneficiaria del régimen de transición y que no se le explicó cuáles eran los pros y los contras de trasladarse al RAIS. Explicó que aunque la persona debe informarse sobre el sistema pensional, era obligación del fondo privado dar la información necesaria y suficiente para que al afiliado le quede perfectamente claro las consecuencias de su decisión.

Advirtió frente a Colpensiones que era esa entidad la que debía obligarse a recibir los aportes de la demandante y activar su afiliación en ese régimen, como quiera que conforme el artículo 4 Decreto 2196 de 2009 era el ISS hoy Colpensiones la única administradora del régimen de prima media y asumió a los afiliados de la Caja Nacional de Previsión Social. Lo anterior lo fundó también en las sentencia CSJ SL, rad. 33083, 22 nov. 2011, y CSJ SL, rad. 46292, 03 sep. 2014.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación afirmando que en el año 1996 brindó una asesoría completa y comprensible a la luz de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, lo que sucedía era que esa asesoría era de forma verbal, que el formulario de afiliación es un documento público que se presume auténtico y que no fue tachado de falso, máxime que la demandante en su interrogatorio de parte aceptó haberlo firmado, además no puede verse como un simple formato sino que es la manifestación de la voluntad del afiliado el cual permaneció en este régimen por más de 20 años, y quien ratificó su voluntad por haber realizado un traslado horizontal entre fondos privados.

Frente a la carga de la prueba considera que cumplió con ese deber, ya que, no se le puede quitar la obligación a la demandante de probar lo que afirma, pues como se observa en el interrogatorio de parte hubo muchas inconsistencias frente a la afiliación, entonces no puede tener mayor valor el dicho de una persona, que un formulario público que se presume auténtico.

En cuanto a la proyección que la demandante echa de menos, no era posible realizarla como quiera que en 1996 le faltaba mucho capital por ahorrar, casi 20 años, para poder realizar una proyección, lo que hubiese implicado dar una falsa expectativa, además indica que la demandante en este momento está inmersa en una prohibición legal de traslado conforme el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Que es una consumidora financiera, y como tal tiene deberes, por lo que no se le puede imponer la carga de la prueba solo a una parte en el juicio, donde queda el deber de ella de informarse adecuadamente sobre el sistema general de pensiones o aprovechar los mecanismos de divulgación de la información por parte de Porvenir o el deber de ella de leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación.

En cuanto a los gastos de administración, señala que estos no forman parte integral de la pensión y por ende les aplica la figura de la prescripción. Y finalmente, arguye que conforme el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 *“si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que*

se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización.”

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación por considerar que el hecho generador de la presente acción es su inconformidad con la mesada pensional ofrecida por Porvenir, lo que difiere de una falta al deber de información, toda vez que para la época del traslado era imposible saber cuál iba a ser su mesada pensional pues eso dependida de diferentes variables que pueden ser modificadas en el tiempo. Agrega que la demandante en los últimos años no cotizó a Colpensiones lo que vulneraría el principio de solidaridad, y que en este caso no puede aplicarse la jurisprudencia de manera automática, sino que debe analizarse el caso en concreto.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala cuando el demandante alega omisión al deber de información al momento en del trasladó al RAIS, tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de

fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, 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 para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora LILIANA OCAMPO SEPÚLVEDA cotizó entre el 19 de febrero de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1996 en la Caja Nacional de Previsión Social, acumulando un total de 513 semanas (f.º 23-24); que se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. mediante formulario suscrito el 5 de diciembre de 1996 vinculación que fue efectiva desde el 1º de enero de 1997 (fl. 168); y que el 31 de julio de 2001 suscribió formulario de traslado a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 22), aportando al RAIS un total de 1.059 a fecha de corte octubre de 2017 (f.º 25-41).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien de los formularios de afiliación a la AFP demandada se denota que la accionante al momento de suscribirlos dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de las Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento debieron informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP Porvenir S.A., pues era ella quien tenía que demostrar que tipo de información le brindó al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de

su conocimiento, tampoco era obligación de la actora buscar a la entidad para que la ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicara sobre las diferencias de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP quien debió informarle desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia; y si bien es cierto que lo que motivo a la accionante a presentar esta acción es la cuantía de la mesada pensional, también lo es que fundó sus pretensiones en la omisión por parte de Porvenir en la obligación de suministrar una información suficiente que le permitiera tomar la mejor decisión para su futuro pensional, por lo que es bajo este panorama que se debe mirar el asunto puesto en controversia.

Claro está que todos los asuntos relacionados con la solicitud de ineficacia de traslado por falta de información son distintos como lo resalta el recurrente, por ende, cada uno debe abordarse de manera diferente, sin embargo, deben ceñirse a los parámetros jurisprudenciales relacionados para el asunto, tal como se analizó por la *a quo*, de suerte que no es dable predicarse que su decisión se hizo de manera automática.

Ahora, en cuanto a que la entidad no tenía la obligación del deber de información para el momento en que surtió el traslado, por cuanto se encontraba amparado por el Decreto 663 de 1993, el cual no plasmaba dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, también se ha pronunciado al respecto, señalando 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 tránsito”* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”*.

Finalmente, aludió a que Ley 795 de 2003, *“Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”* recalcó

en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021), de ahí que el traslado se torne ineficaz.

Entonces, teniendo en cuenta que en el presente caso se demostró que la AFP Porvenir S.A. no cumplió su deber de información cuando la demandante se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual en diciembre de 1996, este quedó afectado por el fenómeno de la ineficacia, declaratoria que afecta también el traslado de fondo de pensiones que posteriormente realizó la accionante, por cuanto la aspiración en el fondo entraña que se entienda que la afiliada permaneció en el Régimen de Prima Media, es decir, que para todos los efectos, nunca lo abandonó.

De ahí que, el traslado realizado por la demandante entre fondos de pensiones del régimen de ahorro individual no significa que la demandante hubiese ratificado su deseo de pertenecer a dicho régimen, ni significaba una convalidación en la omisión del deber de suministro de información suficiente, veraz y oportuna a que se ha venido haciendo alusión, pues la accionante al no haber tenido una asesoría en los términos aquí señalados no tenía autodeterminación para elegir realmente a cual régimen pensional quería pertenecer, pues la libertad presupone un conocimiento pleno sobre las consecuencias de una decisión.

Advierte esta Sala, que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia no depende de una condición especial, sino de la omisión al deber de información que recae de forma estricta sobre los fondos privados de pensiones, por ello resulta irrelevante el argumento de que la demandante se encontraba inmersa en la prohibición legal de trasladarse fondo de pensiones.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020, SL 1467-2021, y SL 5680-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

*Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de **ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.***

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

En igual sentido se fijó en la sentencia CSJ SL5680-2021, en la puntualmente se estableció:

Tal como se expuso en casación y lo refirió el a quo, la consecuencia del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del acto de traslado, lo que implica que las partes deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. Dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se encontraba si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

Por tal motivo, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual

*con solidaridad **a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades** (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020), al igual que los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.*

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende la entidad accionada

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, como quiera que sus recursos de alzada no salieron avante.

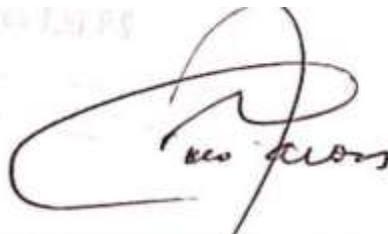
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas que Colpensiones debe recibir y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

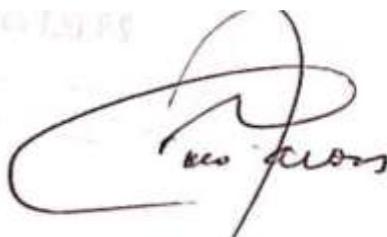


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES en la suma de \$1.000.000., cargo de cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS CARLOS ROMERO MÉNDEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, donde se vinculó el litisconsorcio necesario con la **FIDUPREVISORA S.A.** como administradora del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

El señor **LUIS CARLOS ROMERO MÉNDEZ** llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, con el fin de que se **declare: i)** que cumplió con los requisitos para que le sea reconocida la pensión de vejez por haber cotizado más de 1000 semanas y tener más de 60 años de edad; y **ii)** que la pensión de vejez es compatible con la pensión de derecho reconocida por el Magisterio. En consecuencia, se condene a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 7 de marzo de 2010, a la indexación de las mesadas pensionales adeudadas, a los intereses moratorios conforme el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a los derechos que resulten probados, y a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus peticiones (fls. 2-21) en que nació el 7 de marzo de 1950, que durante su vida trabajó en calidad de docente simultáneamente para el sector privado y al servicio del Estado, que entre el 1 de septiembre de 1970 y el 31 de mayo de 1995 acumuló 1.171 semanas cotizadas exclusivamente en el sector privado, y que era beneficiario del régimen de transición.

Agregó que por considerar cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de vejez, el 12 de octubre de 2017 solicitó el reconocimiento de esa prestación ante Colpensiones, entidad que mediante Resolución SUB 258285 del 15 de noviembre de 2017 negó lo peticionado argumentando que el demandante disfrutaba de una pensión reconocida por el Magisterio, contra al anterior decisión interpuso recurso de apelación, pero mediante Resolución DIR 22631 del 11 de diciembre de 2017 se confirmó la misma.

Señaló que mediante Resolución 6355 del 11 de noviembre de 2015 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio le reconoció una pensión de derecho por cuanto cumplió con los requisitos exigidos en la Ley 91 de 1989, esto es, 55 años de edad y 20 años al servicio del estado en calidad de docente, los cuales acumuló entre el 27 de junio de 1995 hasta el 27 de junio de 2015 con posterioridad a los aportes efectuados al RPM.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó (fls. 72-79) oponiéndose a las pretensiones de la demanda, y en cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, la cantidad de semanas aportadas y el lapso en que se cotizaron, que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, pero que le fue negada, por cuanto todos los tiempos laborados y cotizados en el sector público y en el ISS debían ser utilizados para financiar la pensión; frente a los demás consideró que no eran ciertos o que no le constaban.

En su defensa propuso como excepciones las de buena fe, falta de causa para pedir, prescripción e innominada o genérica.

El juzgado al que correspondió el proceso en primera instancia mediante auto del 29 de octubre de 2018 ordenó integrar el litisconsorcio necesario con la **FIDUPREVISORA S.A.** como administradora del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, entidad que una vez notificada, se le tuvo por no contestada la demanda en auto de fecha 13 de julio de 2020.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 9 de septiembre de 2020, resolvió: i) **declarar** que al demandante le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 desde el 7 de marzo de 2010, en 13 mesadas pensionales, en cuantía inicial de \$1.183.625,05; ii) **Condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez en 13 mesadas pensionales, a partir del 12 de octubre de 2014 autorizándola a realizar los descuentos a que hubiese lugar por salud; iii) **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante un retroactivo pensional causado desde el 12 de octubre de 2014 hasta el 9 de septiembre de 2020 que corresponde a \$119.084.709,85, así mismo a pagar la pensión que se cause y la inclusión en nómina; iv) **autorizar** a Colpensiones a realizar los descuentos a salud que sobre los valores reconocidos por pensión correspondan; v) **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 12 de febrero de 2018 y hasta que se verifique su pago; vi) Absolver a Colpensiones de las demás pretensiones; vii) **declarar** probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 12 de octubre de 2014; viii) **Absolver** a la FIDUPREVISORA S.A. como administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de las pretensiones de la demanda; ix) **Condenar** en costas a la demandada fijando como agencias en derecho la suma de un (1) SMMLV.

Como **argumentos de su decisión**, indicó que analizaría los siguientes problemas jurídicos: i) si a pesar de que el demandante percibe pensión de jubilación reconocida por la Secretaría de Educación de Bogotá a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene derecho o no a la pensión de vejez a cargo de Colpensiones con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, y por tanto debe verificarse si estas dos prestaciones son compatibles o incompatibles.

La *a quo* argumentó que el régimen pensional del Magisterio al tener una fuente autónoma es compatible con las prestaciones previstas en la Ley 100 de 1993, tal como lo indica el artículo 279 de la norma en cita, cuando señala que se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.

Agregó que si bien con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, artículo 81 el régimen pensional del Magisterio dejó de ser exceptuado, y paso a ser parte del

sistema general de pensiones implementado por la Ley 100 de 1993 para aquellos docentes que se vincularon al sector público con posterioridad al cambio legislativo, no obstante los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraban vinculados al momento en que entró a regir la Ley 812 de 2003 siguen sujetos al régimen pensional exceptuado

Mencionó que en virtud de la Ley 91 de 1989 los docentes podían previo al cumplimiento de los requisitos optar por una pensión vitalicia de jubilación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sin que la misma sea incompatible con la pensión de vejez regida por la Ley 100 de 1993, por las eventuales cotizaciones que se hagan a dicho régimen, porque en caso de que el afiliado labore para el sector privado esto no exonera al empleador de realizar las cotizaciones correspondientes, en sustento citó la sentencia CSJ SL2649-2020.

Frente a la compatibilidad de las pensiones reconocidas por tiempos laborados en el sector público y en el sector privado, citó la sentencia CSJ SL536-2018 puntualmente el siguiente párrafo:

En ese sentido deben leerse las decisiones que esta Sala de la Corte ha decantado, esto es que únicamente bajo el evento de que cualquiera de las dos prestaciones de las que se pide su compatibilidad, hubiesen sido causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es que puede predicarse su compatibilidad, cuando provengan de distintos tiempos, como los públicos y privados, pues de lo contrario se entenderá que es inviable.

Consideró respecto de los argumentos de la defensa que la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, que los dineros con que el ISS, hoy Colpensiones, reconoce las prestaciones, no pueden ser considerados como provenientes del tesoro público, toda vez que corresponden a las cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores, producto de su labor. Así lo ha indicado la jurisprudencia en diferentes sentencias, entre otras, en la CSJ SL9730-2014 y la SL5118-2019.

Concluyó entonces que la pensión de vejez que eventualmente se le reconozca al actor producto de sus aportes al RPM es compatible con la que actualmente recibe del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como quiera que él se vinculó como docente antes del 26 de junio de 2003.

Arguyó que en el expediente se encontraba la Resolución 6355 del 11 de noviembre de 2015 donde se reconoció una pensión a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio, en la que se observa que el tiempo que se tuvo en cuenta para su reconocimiento fueron los servicios prestados a partir del 26 de junio de 1995; y del resumen de semanas presentado por Colpensiones (fl. 32-34) se evidenciaba que este cotizó para los riesgos de IVM un total de 1.106,57 semanas entre el 1 de septiembre de 1970 al 31 de mayo de 1995, lo que le permitía concluir que los tiempos que tuvo en cuenta el Magisterio para reconocer la pensión son tiempo diferentes a los aportados al ISS, por lo que consideraba que dichas prestaciones si eran compatibles.

Mencionó que como el demandante era beneficiario del régimen de transición le resultaba aplicable el Acuerdo 049 de 1990, que exigía en caso de los hombres 60 años de edad, y 1.000 semanas de cotización durante toda la vida laboral, o 500 durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad; y que dichas exigencias eran acreditadas por el actor, ya que, acreditó 60 años el 7 de marzo de 2010 y para esa data tenía cotizadas 1.106,57 semanas, razón por la que reconocería la pensión de vejez a partir del 7 marzo de 2010, liquidada sobre el IBL de lo cotizados en los últimos 10 años, y sobre 13 mesadas conforme el Acto Legislativo 01 de 2005.

En cuanto a la prescripción indicó que la declararía probada parcialmente frente a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 12 de octubre de 2014, por cuanto el actor reclamó el reconocimiento de la prestación el 12 de octubre de 2017, la cual fue negada mediante Resolución SUB 258285 del 15 de noviembre de 2017, decisión que fue confirmada a través de Resolución DIR 22631 del 11 de diciembre de 2017 y que interpuso esta demanda el 23 de mayo de 2018.

Finalmente, señaló que los intereses moratorios se causan como resarcimiento en la mora del reconocimiento de las prestaciones, sin que influya el actuar de buena fe por parte de la demandada, y que la norma en el caso de la pensión de vejez exige que el reconocimiento se haga a más tardar a los 4 meses siguientes a la solicitud, la cual en este caso fue el 12 de octubre de 2017, por lo que los intereses se reconocerán a partir del 12 de febrero de 2018, por existir mora en el reconocimiento de la pensión del actor.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandada Colpensiones**, interpuso recurso de apelación por considerar que el status del demandante fue adquirido con posterioridad a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que es incompatible el reconocimiento de la pensión de vejez; que conforme el Decreto 1730 de 2001 artículo 6° las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez, y las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto.

Señala que conforme el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, nadie puede percibir dos asignaciones provenientes del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, y que el FOMAG es una empresa mixta lo que hace que la pensión pretendida por el demandante sea incompatible.

Considera que lo viable es devolver los aportes realizados por el demandante a la entidad que le está pagando su pensión de jubilación, de acuerdo al inciso 4 del artículo 17 de la Ley 549 de 1999.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si la pensión vitalicia de jubilación reconocida al actor por la Secretaría de Educación de Bogotá a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es compatible con la pensión de vejez a cargo de Colpensiones. En caso afirmativo, se establecerá si el demandante es beneficiario del régimen de transición y si acreditó los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez, si hay lugar a imponer intereses de mora y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Previo a abordar los asuntos antes planteados, la Sala encuentra como supuestos fácticos probados, los siguientes: *i)* que el demandante nació el 7 de marzo de 1950 (fl. 22); *ii)* que se afilió al ISS y aportó 1.106,57 semanas por haber laborado en el sector privado entre el 1 de septiembre de 1970 y el 31 de mayo de 1995 (fl. 32-33 y 37-39); *iii)* que se vinculó a la Secretaría de Educación de Bogotá como docente en propiedad mediante Resolución 469 del 27 de junio de 1995 con efectos desde la misma fecha, cumpliendo 20 años de servicios el 27 de junio de 2015 (44-41), azon

por la que través de la Resolución 6355 del 11 de noviembre de 2015 su empleadora le reconoció una pensión de jubilación a partir del 26 de julio de ese mismo año, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio, la cual se encuentra disfrutando (fl. 40-41).

Compatibilidad de la pensión vitalicia de jubilación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con la pensión de vejez a cargo de Colpensiones

Empieza la Sala recordando que de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, estaban exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en esa disposición, y por ende, las prestaciones reconocidas en ese fondo, eran compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.

Lo anterior implicaba que el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial y, simultáneamente o no, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS. Así se dijo en sentencias CSJ SL, 19 jun. 2008, rad. 28164; CSJ SL, 06 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451-2013, en la cual se expresó:

En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, (...).

Del mismo modo, cabe anotar, que desde la vigencia de la Ley 90 de 1946 existe la obligación de afiliación al seguro social, la cual se materializó de forma progresiva a partir del año 1967, con lo cual no le era dable a los empleadores privados soslayar tal exigencia de estirpe legal, so pena de hacerse acreedores a las sanciones contempladas en la ley, por evadir la responsabilidad que les incumbía en cuanto a vincular a sus trabajadores al sistema para que ellos obtuvieran cobertura en los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

En otros términos, no era optativo para un empleador afiliar al trabajador a su servicio a la seguridad social, es por ello, que las instituciones particulares que se beneficiaron

con los servicios de docentes como lo era el promotor del proceso, simplemente dieron cabal cumplimiento a la normativa que, se itera, era obligatoria, cotizando para el caso, en el ISS hoy Colpensiones.

Es que no puede confundirse el hecho de la afiliación del demandante en instancias al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su calidad de docente vinculado laboralmente a instituciones de carácter público, con su trabajo para instituciones particulares y la consecuente incorporación al Sistema General de Seguridad Social, pues, en cada caso, rigen reglas específicas, que aplican según la relación que se predique, lo que no significa que no sea posible gozar de la doble atribución, simultáneamente, y obtener las prestaciones que correspondan a cada uno de ellas, cumpliendo los requisitos del caso.

Además, en la sentencia CSJ SL3775-2021 se precisó que la afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del docente vinculado laboralmente a instituciones de carácter público, no resultaba incompatible con su afiliación al ISS en virtud de una vinculación a instituciones particulares, o viceversa y, con ello, se cumplía la consecuente incorporación al Sistema General de Seguridad Social previsto por la Ley 100 de 1993.

De otra parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 «*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*», trazó el límite temporal hasta el cual operaría el régimen exceptuado en materia pensional de que trataba el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 para los docentes oficiales, esto es, el contenido en la Ley 91 de 1989, estableciéndolo hasta su entrada en vigencia, hecho acaecido el 27 de junio de 2003, por cuanto la citada ley fue publicada en el Diario Oficial 45231 de esa fecha. El mencionado precepto señala:

ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.
(Se subraya).*

Vale decir, que el régimen exceptuado, tal y como venía funcionando, con las explicaciones ya dadas, se mantuvo para aquellos docentes que se encontraban vinculados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, con atención, en todo caso, de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas generadas durante su vigencia, y solo a los nuevos, es decir a los que se vincularon con posterioridad a la entrada en vigencia de esa norma -27 de junio de 2003- se les aplicaría la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones, a excepción de la edad, que en cualquier caso sería 57 años para hombres y mujeres.

La vigencia de este artículo ha sido prorrogada en las siguientes leyes de los planes nacionales de desarrollo, inclusive si acudimos al Acto Legislativo No. 01 de 2005, mediante el que se puso el límite temporal de aplicación de los regímenes exceptuados, especiales, convencionales y de pactos colectivos, claro está, sin perjuicio de los derechos adquiridos y expectativas legítimas de los afiliados a los mismos, encontramos que *“A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo”* y en el párrafo transitorio referido al régimen de docentes oficiales indicó:

Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Así, el párrafo transitorio establece y diferencia las normas prestacionales aplicables a los docentes del sector oficial y nuevamente identifica dos grupos: i) los docentes vinculados al servicio público educativo oficial antes del 27 de junio de 2003, es el del Magisterio, establecido en las normas legales anteriores a la Ley 812 de 2003, y ii) docentes oficiales vinculados al servicio público educativo oficial, a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), sus condiciones serán las de su artículo 81, es decir, el establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Para el presente caso, se tiene que el demandante se ubica en el primer grupo, como quiera que se vinculó a la Secretaría de Educación de Bogotá como docente del sector público desde 1995, por lo que en su caso, se encontraba cobijado por la excepción establecida en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y por ende, si trabajaba

simultáneamente o no, para el sector privado su empleador tenía la obligación de afiliarlo al sistema general de pensiones con la posibilidad real de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, de acceder a una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, con independencia de la pensión de jubilación que disfruta como docente del sector público.

Por otro lado, respecto del argumento referente a que no era viable reconocer la pensión de vejez a cargo de Colpensiones por cuanto el demandante ostentaba el estatus de pensionado del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, porque ello iba en contra de la Prohibición contemplada en el artículo 128 de la Constitución Política, ha de manifestar esta Sala que dicho tema de vieja data ha sido abordado por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, así por ejemplo en sentencia CSJ SL4117-2020 donde se reitera la CSJ SL451-2013, en la que a su vez, expresó:

El debate sobre el carácter de los dineros con que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES paga las prestaciones que concede, hace rato fue superado en el sentido de colegir que no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, distinción que tampoco hizo el juez de la alzada, en desmedro de la posibilidad de acierto de la providencia gravada. Basta aludir al fallo de casación No. 24062, de 14 de febrero de 2005, en el cual se adoctrinó:

*“Pero sucede, que tratándose de las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, **no es factible colegir, de la misma manera, que se sufragan con dineros del tesoro**, por las siguientes razones:*

*“El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, **no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro** haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política.*

*“En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, **a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador.***

*“En este orden, **la pensión legal concedida por el ISS** a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, **no tiene el carácter de pública**”.*

En idéntica dirección pueden verse las sentencias del 12 de agosto de 2009, Rad. 35374 y 3 de mayo de 2011, Rad. 39810.

(...)

De tal manera, se concluye que no existe incompatibilidad alguna entre la pensión de jubilación reconocida al demandante a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y la pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social, en este caso a cargo de Colpensiones.

Régimen de transición

Resuelto lo anterior, pasa la Sala a verificar si el demandante en efecto cumplió con los requisitos del régimen de transición y si es acreedor a la pensión contemplada en el Acuerdo 049 de 1990.

Recuérdese que para ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el afiliado debía acreditar al momento de entrar en vigencia el Sistema -1° de abril de 1994- si era hombre cuarenta (40) o más años de edad, o quince (15) o más años de servicios cotizados, o su equivalente en semanas.

En el presente asunto, el señor LUIS CARLOS ROMERO MÉNDEZ nació el 7 de marzo de 1950, por lo que, al 1° de abril de 1994 contaba con 44 años de edad, lo que es suficiente para tenerlo como beneficiario de dicho régimen, pero además, también contaba con 1.060,14 semanas aportadas a esa misma data, lo que resulta relevante para este asunto.

En ese mismo sentido, se debe advertir que el régimen de transición tal como lo estipula el parágrafo transitorio 4.° del Acto Legislativo 01 de 2005 se mantiene hasta el **31 de julio de 2010**, y solo se extiende hasta el **31 de diciembre de 2014**, para aquellos afiliados que hubiesen cotizado por lo menos 750 semanas al 29 de julio de 2005 o su equivalente en tiempo de servicios.

Pensión de vejez

Teniendo en cuenta que el demandante es beneficiario del régimen de transición en los términos anotados, se tiene que la norma aplicable es con la que venía a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que no es otra que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, el cual exigía para acceder a la pensión de vejez, acreditar 60 años de edad en el caso de los hombres y 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

En consecuencia, al verificarse si cumple con tales requisitos, se observa que el señor LUIS CARLOS ROMERO MÉNDEZ al haber nacido el 7 de marzo de 1950, alcanzó los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2010, y además acreditó entre el 1 de septiembre de 1970 y el 31 de mayo de 1995 un total de 1.106,57 semanas cotizadas al ISS con empleadores del sector privado, cumpliendo así con la totalidad de los requisitos exigidos para acceder al derecho pensional desde el 7 de marzo de 2010, tal como lo determinó la juez de primera instancia.

En cuanto al porcentaje de la tasa de remplazo debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, la cual en este caso, teniendo en cuenta que se aportaron 1.106,57 corresponde a una tasa de remplazo del 81%.

Ahora bien, a fin de determinar el ingreso base de liquidación (IBL), es dable precisar que en razón a que a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, al demandante le faltaban más de 10 años para consolidar el derecho pensional, la norma aplicable es el artículo 21 de la referida ley, lo que conduce a que se determine con el promedio de lo cotizado durante los diez últimos años o con base en todo el tiempo laborado, siempre que para el último caso acredite 1250 semanas como mínimo, de manera que como en el presente asunto el demandante cuenta 1.106,57 semanas su ingreso base de cotización se calcula con los últimos 10 años de aportes, esto es, con lo devengado entre agosto de 1984 a mayo de 1995, así:

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1984	143	1,650	71,20	43,152	\$ 41.057,27	\$ 1.771.683,53	\$ 8.445.024,81	
1985	365	1,950	71,20	36,513	\$ 47.370,00	\$ 1.729.612,31	\$ 21.043.616,41	
1986	365	2,380	71,20	29,916	\$ 47.370,00	\$ 1.417.119,33	\$ 17.241.618,49	
1987	365	2,880	71,20	24,722	\$ 68.315,92	\$ 1.688.921,30	\$ 20.548.542,50	
1988	366	3,580	71,20	19,888	\$ 89.070,00	\$ 1.771.448,04	\$ 21.611.666,15	
1989	365	4,580	71,20	15,546	\$ 109.137,45	\$ 1.696.634,63	\$ 20.642.387,95	
1990	365	5,780	71,20	12,318	\$ 111.000,00	\$ 1.367.335,64	\$ 16.635.916,96	
1991	363	7,650	71,20	9,307	\$ 169.075,95	\$ 1.573.621,94	\$ 19.040.825,51	
1992	366	9,700	71,20	7,340	\$ 181.050,00	\$ 1.328.944,33	\$ 16.213.120,82	
1993	182	12,140	71,20	5,865	\$ 193.599,89	\$ 1.135.445,81	\$ 6.888.371,27	
1994	245	14,890	71,20	4,782	\$ 250.579,18	\$ 1.198.202,68	\$ 9.785.321,87	
1995	110	18,250	71,20	3,901	\$ 250.000,00	\$ 975.342,47	\$ 3.576.255,71	
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2010	\$	181.672.668,44
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$	1.513.938,90

Total Años	10,00	Porcentaje aplicado	81%
		Primera mesada	\$ 1.226.290,51
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2010	\$ 515.000,00

Así, se tiene entonces que el valor de la primera mesada causada a partir del 7 de marzo de 2010, debía ascender a \$1.226.290,51, no obstante, como quiera que la *a quo* liquidó la primera mesada en cuantía de \$1.183.625,05, asunto que no fue recurrido por el demandante y que fue revisado por estarse surtiendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y por lo tanto, esta Sala no está facultada para modificar dicha cuantía, por ende, en este aspecto se confirmará la decisión de primera instancia.

Intereses moratorios (ponencia compartida)

Así mismo, deberán pagarse los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por el no reconocimiento y satisfacción oportuna de la mencionada prestación, en tanto los mismos proceden sin que tenga relevancia alguna establecer juicios de valor referente a la existencia de la “buena fe” por parte del obligado, es decir, procede aun cuando la entidad hubiera tenido el convencimiento que no era dable el reconocimiento de la prestación deprecada, toda vez que su naturaleza es “resarcitoria” y no “sancionatoria”; así lo tiene establecido la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose al carácter de los intereses de mora, entre otras, en la sentencia CSJ SL1681-2020.

En torno a la fecha a partir de la cual deben ser reconocidos, los artículos 9° de la Ley 797 de 2003 y 4° de la ley 700 de 2001, establecen que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo no mayor de 6 meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes. Sin embargo, para la mayoría de los integrantes de la Sala, el término para contabilizar los mismos debe ser de 4 meses, como lo establece la primera de las normas citadas.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que el demandante solicitó el 12 de octubre de 2017 (fl. 42), reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo que a partir de dicha data deben contabilizarse los cuatro meses que tenía el fondo de pensiones para acceder a lo solicitado de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 9 de la Ley 797

Expediente No. 242018 00297 01

de 2003, de manera que la condena al pago de intereses moratorios debe efectuarse a partir del 12 de febrero de 2018, como acertadamente lo dispuso la *a quo*.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que en efecto la misma operó de manera parcial por cuanto, pese a haberse causado el derecho desde el 7 de marzo de 2010, fue solo hasta el 12 de octubre de 2017 que se presentó la reclamación de su derecho, petición que fue negada inicialmente mediante Resolución SUB 258285 del 15 de noviembre de 2017 y posteriormente por Resolución DIR 22631 del 11 de diciembre de 2017 al resolver el recurso de apelación contra el primer acto administrativo, y finalmente se presentó esta demanda el 23 de mayo de 2018, sin que de una fecha a otra superará los 3 años establecidos en el artículo 151 del CPTSS.

En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia en todas sus partes.

COSTAS:

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

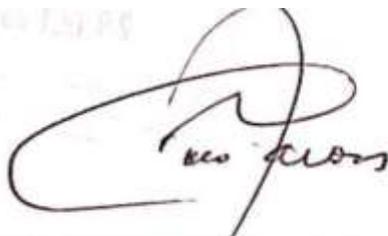
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada, proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada Colpensiones.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

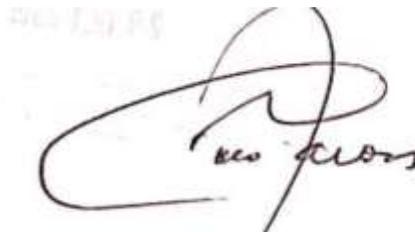


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada Colpensiones en la suma de \$1.000.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA ROSALBA SÁNCHEZ BARRERO
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la
AFP PORVENIR S.A. Y COLFONDOS**

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **MARÍA ROSALBA SÁNCHEZ BARRERO**, se **declare**: i) la nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones con Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. porque no existió una decisión informada, verdadera autónoma y consiente, al no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias negativas que aquel le reportaría; y ii) que es beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se **condene** la AFP Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones por cuanto la afiliación del régimen de prima media queda nuevamente vigente; se **condene** a la AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a enviar a Colpensiones todos los detalles de traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y afiliación; se condene a Colpensiones a activar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, desde su fecha inicial de afiliación como beneficiaria del régimen de transición por cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el acto legislativo 01 de 2005; se **condene** a Colpensiones a aceptar y recibir el traslado de todos sus aportes; se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 1 a 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 2 a 3), señaló en síntesis que nació el 11 de febrero de 1956; que para el 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad; que al 25 de julio de 2005 contaba con más de 750 semanas cotizadas al sistema general de seguridad social en pensiones; que al 31 de diciembre de 2014 contaba con más de 55 años de edad y más de 1.000 semanas cotizadas; que en el mes de mayo de 1995 se trasladó a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., entidad que no le brindó la información adecuada y completa para proceder al cambio de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; que el 7 de julio de 1998 se trasladó a la AFP Porvenir S.A. sin que le fuera brindada la información adecuada y completa; y que presentó reclamación ante COLPENSIONES, la AFP Porvenir S.A. y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser ciertos los numerales 1, 2, 6, 7, 8, 11, 13 a 18, 20; y 21; no ser ciertos los numerales 5, y 19; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, inexistencia de la calidad de beneficiaria de régimen de transición, error de derecho no vicia el consentimiento; buena fe; prescripción, e innominada o genérica (fls. 92 a 97).

COLFONDOS contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser ciertos los numerales 18 y 20; no ser ciertos los numerales 6, 8, 9, y 10; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo validez de la afiliación al RAIS con Colfondos, buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, e innominada o genérica (fls. 234 a 235).

PORVENIR S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser cierto el numeral 1, 4, 5, 8, 10, 12, 13, 17, 18, y 21; no ser ciertos los numerales 6, 7, 9, y 11; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, e innominada o genérica (fls. 246 v a 247 v).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de agosto de 2020 (CD – fl.276), decidió **negar** las pretensiones formuladas por la señora **MARÍA ROSALBA SÁNCHEZ BARRERO** y **absolver** de las mismas a la sociedad Administradora de pensiones y cesantías Porvenir s.a., Colfondos pensiones y cesantías S.A., y la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia; **condenar** en costas a la demandante en la suma de \$300.000 como agencias en derecho a favor de cada una de las administradoras demandadas.

Fundamentó su decisión, la Juez haciendo referencia a las diferentes sentencias relacionadas con la ineficacia del traslado que ha proferido por la CSJ Sala Laboral, señaló que pese a que Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. y la AFP Porvenir S.A. no cumplieron con la carga probatoria de demostrar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de firmar el correspondiente formulario de traslado, en los términos que la línea jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha fijado, no se daban los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional porque no era posible materializar las consecuencia jurídicas que conllevaba la pretendida ineficacia, como quiera que la demandante para el 20 de abril de 1995 cuando se hizo el cambio de régimen pensional no se encontraba afiliada al ISS sino a CAJANAL, por ende, en la demanda debió plantearse como pretensión que se definiera que entidad debía recibir los aportes de la demandante en caso de declararse la ineficacia y al no hacerlo la juez consideró que no podía definir ese asunto, porque estaría modificando las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante señora **MARÍA ROSALBA SÁNCHEZ BARRERO** interpuso recurso de apelación bajo el argumento de que el Decreto 2196 de 2009 definió las competencias frente a Cajanal, asignando sus afiliados al ISS o a la UGPP según el cumplimiento unos requisitos específicos según sea el caso, que la demandante debió ser asignada al ISS hoy Colpensiones, por ello las pretensiones se platearon de cara a esa entidad, siendo esta la encargada de recibir los aportes pensionales en caso de declararse la ineficacia del traslado, por lo que considera que sus pretensiones se encuentran bien planteadas. Agregó además de haber estado afiliada a Cajanal, según su historia laboral también estuvo vinculada con al ISS en su momento, razón por la cual era viable que sus recursos fueron enviados a Colpensiones como administradora del régimen de prima media con prestación definida.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media administrado por CAJANAL al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP COLFONDOS S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, 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 para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del

régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora **MARÍA ROSALBA SÁNCHEZ BARRERO** el 20 de abril de 1995 (fl.54), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A., afiliación que fue efectiva a partir del 1° de mayo de 1995 (fl. 237), posteriormente realizó un traslado horizontal en el RAIS a la AFP Porvenir S.A. el 7 de noviembre de 1998 (fl.40), afiliación que fue efectiva a partir del 1° de enero de 1999 (fl. 237), y aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 22 de febrero al 30 de septiembre de 1993 y a CAJANAL desde el julio de 1982 al mayo de 1995 (fls. 35).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 54 y 40 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento tanto COLFONDOS S.A. como la APF Porvenir S.A., debía informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, de manera que si bien la demandante reclamó mucho tiempo después tales inconsistencias no conlleva a establecer que la ineficacia de dicha afiliación no deba tenerse en cuenta, pues precisamente fue al momento en que consideró que podía acceder al reconocimiento de la pensión que supo de las desventajas que tenía al trasladarse de régimen, información que no fue suministrada en su debida oportunidad, por lo cual no puede echársele tal responsabilidad a la accionante cuando la misma recaía exclusivamente en la entidad quien no demostró lo contrario.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a las AFPs demandadas, pues eran ellas quienes tenían que demostrar que tipo de información le brindaron al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación de la demandante buscar a la entidad para que la ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales

o para que le indicará sobre las diferencia de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a las AFPs quienes debieron informarle desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia; y no es cierto que la demandante no se preocupó de su situación pensional solo para el momento del cambio jurisprudencial, sino que fue a raíz de dichos criterios que se dio cuenta de las omisiones de la AFP al momento del traslado del régimen, lo cual además pudo detallar cuando llegó a la edad para pensionarse.

En ese mismo sentido, la juez de primera instancia señaló que las demandadas no cumplieron con la carga de la prueba de demostrar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de firmar el correspondiente formulario de traslado, en los términos que la línea jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha fijado.

En consecuencia, no se logra acreditar que la demandante hubiese recibido por parte de la AFP COLFONDOS S.A. y posteriormente PORVENIR S.A., la información necesaria acerca de la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que exigía un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Y mucho menos que el promotor de servicios o asesor comercial explicara a la demandante esta información, en un lenguaje claro, simple y comprensible, de manera que la afiliada pudiera comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los regímenes, esto es, RPM y RAIS, pues el deber de cada AFP era dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

De otro lado, se equivoca el *a quo* al señalar que pese a encontrar que si procedía la ineficacia del traslado de régimen por omisión en el deber de información, no era posible materializar las consecuencia jurídica que este conllevaba, como quiera que la demandante para el 20 de abril de 1995 cuando se hizo el cambio de régimen pensional no se encontraba afiliada al ISS sino a CAJANAL, pues tal situación no implica que no pueda declararse la ineficacia del traslado y sus correspondientes consecuencias, toda vez que no puede desconocerse que en la Ley 1151 de 2007, ordenó la liquidación definitiva de CAJANAL EICE, hecho que ocurrió en efecto un par de años después con la expedición del Decreto 2196 de 12 de junio de 2009, a través del cual se suprimió CAJANAL EICE y se ordenó su liquidación, lo anterior implica que debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 692 de 1994,

que dispone: “(...) Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están. Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación”.

En virtud de la referida norma, podrían continuar vinculados a CAJANAL, mientras no se ordenará su liquidación, pero como con posterioridad de su traslado al RAIS, este hecho se presentó, y su intención con la presente demanda es regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida será COLPENSIONES la entidad encargada de recibirlos y de activar su afiliación, pues así también lo permite el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de las AFPs y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020 y SL 1467-2021), entendiéndose que tal

obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

*“Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de **ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.***

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende la entidad accionada.

Por lo anterior, se hace necesario **REVOCAR** la decisión de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante **MARÍA ROSALBA SÁNCHEZ BARRERO** el 20 de abril de 1995 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que el acto jurídico del traslado no produjo efectos, pues ante la violación del deber de información dicho acto no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, razón por la cual se impone el regreso automático de demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Esta decisión en nada afecta la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de las AFPs demandadas a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Frente a las demás excepciones propuestas por Colpensiones, y las AFPs Colfondos S.A. y Porvenir S.A. se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

Así las cosas y sin más consideraciones, se revocará la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y AFPs Colfondos S.A. y Porvenir S.A., como quiera que son la parte vencida en juicio, de conformidad con la establecido en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

Las de primera instancia estarán a cargo de las demandadas COLPENSIONES y AFPs Colfondos S.A. y Porvenir S.A.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de agosto de 2020, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **MARÍA ROSALBA SÁNCHEZ BARRERO** al régimen de ahorro individual el 20 de abril de 1995, por intermedio de **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a la **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la

EXPEDIENTE No. 27 2018 00230 01

afiliación de la demandante, a saber, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

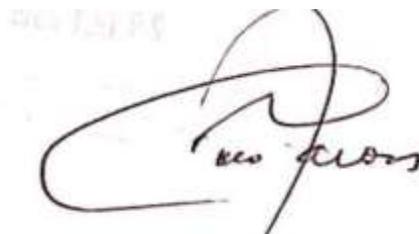
TERCERO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, a saber, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas. Las de primera instancia estarán a cargo de las demandadas COLPENSIONES y AFPs Colfondos S.A. y Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

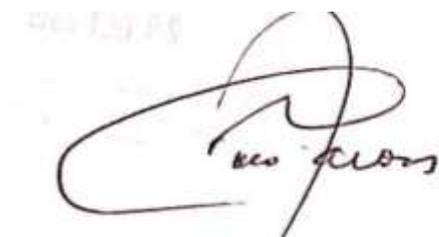


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$1.000.000 por cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NELLY PATRICIA MÉNDEZ BERNAL contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y las AFPs PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **NELLY PATRICIA MÉNDEZ BERNAL**, se **declare** la nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada el “15 de febrero de 2001” (*sic*) a través de la AFP Porvenir S.A. y posteriormente el traslado realizado el 31 de julio de 2008. En consecuencia, se condene Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada cotizante; se **condene** a la AFP Protección S.A. a liberar de sus bases de datos a la accionante y devolver sus cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado a Colpensiones; se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 6 a 7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 4 a 6), señaló en síntesis que nació el 16 de enero de 1962; que se afilió al régimen de prima media el 17 de agosto de 1981 donde permaneció hasta el 16 de septiembre de 1997 fecha en que se traslado el RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A., y que posteriormente hizo un traslado horizontal entre fondos el 31 de julio de 2008 a través de ING pensiones y cesantías hoy Protección S.A.; que los asesores de las AFPs en mención le indicaron que el ISS se iba a liquidar y por esos sus aportes estaban en riesgo, que por el contrario

trasladarse a un fondo privado le traería una privilegios como por ejemplo, podría pensionarse a más temprana edad, con un monto de la mesada pensional más alta a la que le otorgaría el ISS, y que en caso de llegar a la edad de pensión si no quería un mesada pensional podía retirar su dinero.

Señaló que las AFPs demandadas no le informaron sobre el monto de capital requerido para poder obtener una renta vitalicia o un retiro programado, ni el capital requerido para que pudieran heredar sus beneficiarios en retiro programado, ni que el plazo para retornar al régimen de prima media vencía al cumplir 47 años de edad, tampoco le elaboraron proyecciones pensionales, por lo que considera que los traslados al RAIS realizadas no estuvieron precedidos del cumplimiento por parte de la AFPs de su deber de información.

Indicó que la AFP Protección el 14 de junio de 2019 le informó que tenía un capital ahorrado de \$387.202.148, y que realizada su proyección pensional tendría derecho a una mesada pensional de \$1.507.317 al cumplir 57 años de edad con una tasa de reemplazo del 30%, mientras que en Colpensiones le correspondería una tasa de reemplazo del 90%; y que presentó reclamación ante COLPENSIONES y Protección S.A.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser ciertos los numerales 1, 2, 3, 4, 12, 16, 17, 18, 19, y 20; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica (fls. 164 a 170).

PORVENIR S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser cierto los numerales 1, 11, 12, y 13; no ser ciertos los numerales 5, 6, 7, 8, 9, 10, y 14; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de

la obligación, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, e innominada o genérica (fls. 200V a 201V).

PROTECCIÓN S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser cierto los numerales 1, 16 y 17; no ser ciertos los numerales 5 a 11, 13, 14, y 15 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, e innominada o genérica (fls. 237V a 240V).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 351 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de julio de 2020 (CD – fl. 247), **declaró** la nulidad del traslado de régimen realizado por NELLY PATRICIA MÉNDEZ BERNAL del régimen de prima media con prestación definida al régimen individual con solidaridad y tenerla como si nunca se hubiese trasladado de régimen; **condenó** a PORVENIR S.A a trasladar a PROTECCION S.A la suma de dinero que hubiese descontado por concepto de gastos de administración y seguros entre otros de los aportes que realizó la demandante; **condenó** a PROTECCION S.A a trasladar la totalidad de los aportes que realizó la demandante durante el tiempo que estuvo afiliada a dicho fondo de pensiones junto con los intereses y demás frutos civiles sin que pueda descontar suma alguna por concepto de gastos de administración o seguros; **condenó** a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese cambiado de régimen; y finalmente, condenó en costas en cuantía de medio salario mínimo mensual a las demandadas AFPs Porvenir y Protección. Sin costas frente a Colpensiones.

Fundamentó su decisión, la Juez empezó por señalar que si bien la pretensión primera de la demandan no corresponde a la realidad fáctica de la demandante, puntualmente frente a la fecha en que se realizó el traslado de régimen pensional el 16 de septiembre de 1999 y no el 15 de febrero de 2001 como está redactado en la

pretensión en mención, ella en uso de las facultades ultra y extra petita, analizaría y fallaría sobre los supuestos de hecho debatidos y probados en el proceso.

Indicó que la demandante inicialmente realizó un traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A el 16 de septiembre de 1997, y que posteriormente realizó traslados horizontales entre fondos privados, así: *i)* el 31 de julio de 2008 a la AFP ING; *ii)* el 17 de septiembre de 2010 a la AFP Horizonte; y *iii)* el 30 de noviembre de 2012 a la AFP ING hoy Protección S.A.

Citando la normatividad aplicable al caso de la ineficacia del traslado y haciendo referencia a las diferentes sentencias proferidas por la CSJ Sala Laboral en relación con este tema, señaló que al analizar el traslado de régimen primigenio realizado con Porvenir S.A. se observa que esta entidad no cumplió con la carga de demostrar que al momento del traslado de régimen de la demandante le suministró información clara, completa y comprensible sobre los beneficios y desventajas del cambio de régimen, pues recordó que conforme a la línea jurisprudencial que desarrolla la materia, 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; 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; una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Agregó que tampoco se probó que los demás traslados entre fondos privados hubiesen estado precedidos del cumplimiento estricto del deber de información en los términos antes señalados, teniendo en cuenta cada momento histórico, pues recuérdese que el traslado primigenio fue en 1997 y los posteriores fueron en 2008, 2010 y 2012.

En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizó el 16 de septiembre de 1997, quedando los otros traslados afectados por las mismas consecuencias jurídica.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES No interpuso recurso de apelación.

PROTECCIÓN S.A. presentó recurso de apelación únicamente frente al numeral tercero del resuelve, en lo que tiene que ver con los gastos de administración y primas de seguros previsionales por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esa AFP.

Indica que la comisión por gastos de administración y primas de seguros previsionales son descuentos autorizados para ambos regímenes pensionales por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Señala que en el expediente obran pruebas como el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de donde se puede extraer que se obtuvieron ganancias con ocasión de la buena administración de la cuenta de la demandante, razón por la cual Protección tiene derecho a conservar dichos gastos.

Arguye que constituye un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, el hecho de que a Protección se le ordene devolver a esa entidad los rendimientos financieros y también los gastos de administración, pues la comisión por administración no está destinada a financiar la pensión de vejez; y si la consecuencia jurídica de la ineficacia del traslado es que el traslado nunca surtió efectos y nunca se debió descontar para gastos de administración, debe entenderse que tampoco hubo rendimientos.

PORVENIR S.A. también recurrió la decisión advirtiendo que cumplió con lo señalado en las normas vigentes para la fecha del traslado de régimen pensional, año 1997, pues en esa época se permitía o era válido dar una asesoría de manera verbal en la cual se informaran todo lo atiente al RAIS, con base en la que se tomaría la decisión de trasladarse de forma libre, voluntaria e informada; que es claro que conforme al interrogatorio de parte rendido por la accionante esta recibió información sobre algunas características, y basada en esa información decidió suscribir el formulario de vinculación, el cual era la única evidencia necesaria para la fecha del traslado y la que demostraba que el traslado había cumplido con los requisitos exigidos.

Argumenta que los actos de relacionamiento en este caso son claros, puesto que la demandante realizó cuatro (4) traslados dentro del RAIS de los cuales se puede entender que deseaba permanecer en ese régimen pensional, tesis que fundamenta en la sentencia CSJ SL413 de 2018.

Arguye que para el año 1997 no tenían el deber de realizar una proyección pasional, porque la mesada pensional en el RAIS depende de variables que pueden cambiar con el tiempo, y las condiciones en la que se encontraba la demandante en ese momento no son las mismas en las que se encuentra ahora, lo que podía impedir realizar la proyección en mención.

Discute la devolución de los gastos de administración y de la prima de seguro previsional, por cuanto estos se realizaron por ministerio de la Ley, y en ambos regímenes se hace el mismo descuento.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PORVENIR S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar por parte de las AFPs demandadas a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, 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 para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora **NELLY PATRICIA MÉNDEZ BERNAL**: *i*) aportó al ISS entre el 17 de agosto de 1981 y el 01 de febrero de 1988 un total de 90,71 semanas (f.º 37- 38); *ii*) para septiembre de 1997 se encontraba afiliada a CAJANAL; *iii*) el 16 de septiembre de 1997 se trasladó del régimen de prima media administrado por Cajanal al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A. afiliación que fue efectiva a partir del 1º de noviembre de 1997 (fl. 203-204); *iv*) el 31 de julio de 2008 se trasladó entre fondos privados a la AFP ING, con efectividad a partir del 1 de septiembre de 2008 (f.º 204, 250 y 248; *v*) el 17 de septiembre de 2010 se trasladó a la AFP Horizonte, con efectividad a partir del 1 de noviembre de 2010 (fl. 204 y 250); *vi*) el 30 de noviembre de 2012 nuevamente se trasladó entre el RAIS a la AFP IGN hoy Protección S.A. con efectividad a partir del 1 de enero de 2013, fondo en el que se encuentra afiliada actualmente; y *vii*) a fecha de corte febrero de 2020 contaba con un total de semanas de 1.228,86 cotizadas en ambos regímenes pensionales (fl. 277- 283V).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien de los formularios de afiliación a las AFPs demandadas se denota que la accionante al momento de suscribirlas dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de las Administradoras respecto de las

consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento conforme al momento histórico de cada traslado, debieron por lo menos informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a las AFPs, pues eran ellas quienes tenían que demostrar que tipo de información le brindó al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de que ella hubiese asistido a una charla de la AFP de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación de la accionante buscar a la entidad para que la ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicara sobre las diferencias de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a cada AFP a la que esta se vinculó, quien debió informarle desde momentos previos a su traslado como durante su permanencia; y no es cierto que la demandante se preocupó de su situación pensional solo para el momento del cambio jurisprudencial, sino que fue a raíz de dichos criterios que se dio cuenta de las omisiones de la AFP al momento del traslado del régimen, lo cual además pudo detallar cuando llegó a la edad para pensionarse.

Claro está que todos los asuntos relacionados con la solicitud de ineficacia de traslado por falta de información son distintos como lo resalta el Colpensiones, por ende, cada uno debe abordarse de manera diferente, sin embargo, deben ceñirse a los parámetros jurisprudenciales relacionados para el asunto, tal como se analizó por la *a quo*, de suerte que no es dable predicarse que su decisión se hizo de manera automática, pues era obligación de Porvenir S.A. y posteriormente de Protección, informar justo antes de firmar el formulario de vinculación sobre las características del régimen de ahorro individual y sus diferencias con el régimen de prima media, pues téngase en cuenta que para el momento del traslado de régimen pensional, esto es 1997, el RAIS era un régimen nuevo que ni siquiera sus propios asesores tenía pleno conocimiento del tema, por lo que estos simplemente se basaban en brindar la información respecto de los beneficios del sistema, dejando a un lado las desventajas del mismo, que claramente influían al momento del reconocimiento pensional, tal como lo afirmó el juez de primera instancia.

Ahora, en cuanto a que la entidad no tenía la obligación del deber de información para el momento en que surtió el traslado, por cuanto se encontraba amparado por el Decreto 663 de 1993, el cual no plasmaba dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, también se ha pronunciado al respecto, señalando 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 tránsito”* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las mismas de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”*.

Finalmente, aludió a que Ley 795 de 2003, *“Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»* recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021), de ahí que el traslado se torne ineficaz.

Ahora teniendo en cuenta que en el presente caso se demostró que la AFP Porvenir S.A. no cumplió su deber de información cuando la demandante se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual en septiembre de 1997, este quedó

afectado por el fenómeno de la ineficacia, declaratoria que afecta a todos los traslados de fondo de pensiones que posteriormente realizó la accionante, por cuanto la aspiración en el fondo entraña que se entienda que la afiliada permaneció en el Régimen de Prima Media, es decir, que para todos los efectos, nunca lo abandonó.

Entonces, si bien la demandante, realizó varios traslados entre fondos de pensiones del régimen de ahorro individual ello no significa que la demandante hubiese ratificado su deseo de pertenecer a dicho régimen, ni significaba una convalidación en la omisión del deber de suministro de información suficiente, veraz y oportuna a que se ha venido haciendo alusión, pues la accionante al no haber tenido una asesoría en los términos aquí señalados no tenía autodeterminación para elegir realmente a cual régimen pensional quería pertenecer, pues la libertad presupone un conocimiento pleno sobre las consecuencias de una decisión.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** la alta Corporación ha considerado que la reacción del ordenamiento jurídico frente a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, de ahí que su examen deba abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC). Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020, SL 1467-2021, y SL 5680-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

*Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de **ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.***

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

En igual sentido se fijó en la sentencia CSJ SL5680-2021, en la puntualmente se estableció:

Tal como se expuso en casación y lo refirió el a quo, la consecuencia del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del acto de traslado, lo que implica que las partes deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. Dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se encontraba si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

*Por tal motivo, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades** (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020), al igual que los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.*

Por otra parte, frente a los argumentos de las AFPs frente a las restituciones mutuas importa recordar lo expuesto en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la sentencia CSJ SL3349-2021, en la que sobre los efectos de la declaratoria de ineficacia de actos como el aquí se discute, se adoctrinó:

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el Juez en cada caso en particular.

*De modo que, a juicio de la Corte, **si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende la entidad accionada.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de las AFPs a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros

que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

En esas condiciones, habrá de modificarse el numeral primero de la decisión de primer grado, en el sentido de indicar que lo procedente es declarar la ineficacia del traslado y no la nulidad del mismo.

También se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, lo descontado a la demandante por gastos de administración, primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima entre el 1° de noviembre de 1997 y el 31 de julio de 2008, y entre el 1° de noviembre de 2010 y el 28 de febrero de 2013 por razón de la absorción de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., sumas que deberán ser debidamente indexadas.

Y se ordenara **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal tercero del proveído apelado, en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCION S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración, y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, como quiera que sus recursos de alzada no salieron avante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 31 de julio de 2020 por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto declaró la «nulidad» del traslado al RAIS, el cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante señora NELLY PATRICIA MÉNDEZ BERNAL con cedula de ciudadanía No. 39.528.146 el día dieciséis (16) de septiembre de 1997 ante la AFP PORVENIR S.A. teniendo para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

SEGUNDO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 31 de julio de 2020 por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, lo descontado a la demandante por gastos de administración, primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima entre el 1° de noviembre de 1997 y el 31 de julio de 2008, y entre el 1° de noviembre de 2010 y el 28 de febrero de 2013 por razón de la absorción de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., sumas que deberán ser debidamente indexadas.

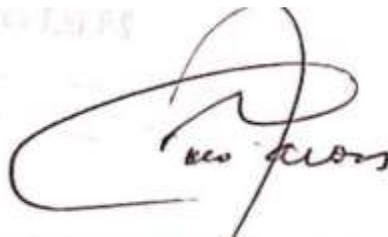
TERCERO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 31 de julio de 2020 por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCION S.A. a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A., la AFP PROTECCION y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

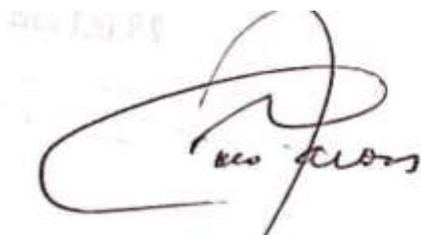


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A., la AFP PROTECCION y COLPENSIONES en la suma de \$1.000.000 por cada una.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MÓNICA ANDRADE RÍOS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **MÓNICA ANDRADE RÍOS**, se **declare** la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó el 17 de febrero de 1995 del Instituto de seguros sociales hoy Colpensiones a ING hoy Protección, por la indebida y nula información que le suministró a la demandante el fondo privado, para convencerla que se trasladara de régimen. En consecuencia, se **ordene** a las codemandadas Colpensiones y AFP Protección S.A. realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para anular el traslado de régimen en mención; se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante; se **ordene** a COLPENSIONES recibir en esa administradora sin solución de continuidad a la demandante y proceda a corregir y actualizar su historia laboral; se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 4 a 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 5 a 7), señaló en síntesis que nació el 9 de enero de 1962; que se afilió al régimen de prima media el 3 de octubre de 1988 cotizando un total de 372 semanas al ISS; que el 17 de febrero de 1995 se trasladó al RAIS administrado por la AFP ING hoy Protección S.A., decisión que no estuvo procedida de una suficiente ilustración, pues fue nula la información

evidenciándose una falta al deber de información por parte de la AFP; que el fondo privado no le informó sobre el año de gracia que concedido el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 ni sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltare diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión conforme lo establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que el 26 de enero de «2011» (SIC) el ISS mediante oficio ODA-13500.01.01.2787 accedió a un petición realizada por ella, al aprobar satisfactoriamente su traslado de régimen pensional desde el 1° de diciembre de 2009, acogiéndose a la sentencia CC C-1024 de 2004; que la AFP Protección S.A. trasladó al ISS la totalidad de los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual y Colpensiones recibió los aportes y actualizó su historia laboral; que entre el 1° de diciembre de 2009 hasta el 31 de marzo de 2016 cotizó de manera ininterrumpida a Colpensiones; que a partir del año 2017 las demandadas reversaron su traslado y sus aportes fueron enviados nuevamente a la AFP Protección S.A.; que en el fondo privado cotizó un total de 1.213 a fecha de corte 31 de octubre de 2019; que sumadas las semanas aportadas al ISS y a la AFP Protección S.A. cuenta con 1.585; que la AFP Protección S.A. le informó que su mesada pensional para el año 2019 sería de \$1.035.145, mientras que en Colpensiones para la misma data equivaldría a \$3.386.774; y que presentó reclamación ante COLPENSIONES y Protección S.A.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser ciertos los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 13, 15, 16, 19 y 20; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administrativas de seguridad social del orden público, buena fe e innominada o genérica (fls. 122 a 128).

PROTECCIÓN S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser cierto el numeral 11, 13, 14, y 19, no constarle los numerales 3, 4, 5, 6, 15, y 16; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la

nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, e innominada o genérica (fls. 167 a 171 exp. digital).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de agosto de 2020 (CD – fl.146), **declaró** la nulidad del traslado de régimen de la demandante realizado, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo a la demandante como válidamente afiliada en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiese trasladado de régimen; **condenó** a la demandada PROTECCION S.A a trasladar a la COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dinero que hubiere recibido de la demandante por concepto de aportes, sin que sea posible descontar suma alguna de dinero por gastos de administración, seguros entre otros; **condenó** a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen; **condenó** a la parte demandada PROTECCION S.A al pago de costas y agencias en derecho, en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente; y **ordenó** COMPULSAR COPIAS para que se investigue penalmente a la señora **MÓNICA ANDRADE RÍOS** por presunto falso testimonio.

Fundamentó su decisión, la Juez haciendo referencia a las diferentes sentencias relacionadas con la ineficacia del traslado que ha proferidas por la CSJ Sala Laboral, frente a las cuales podía observar que la AFP PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la carga probatoria demostrar que al momento del traslado de régimen de la demandante le suministró información clara, completa y comprensible sobre las consecuencias del traslado, toda vez que no existe constancia de que se le hubiera informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen, ni mucho menos de sus desventajas, la única prueba con la que se pretendía demostrar dicha obligación es con la suscripción del formulario de vinculación, el cual de manera alguna demuestra que el fondo privado hubiese cumplido con su deber de información, máxime que la demandante en su interrogatorio de parte no confesó que al momento de la suscripción del mencionado formulario el asesor le hubiese suministrado la información necesaria para conocer las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales.

De otro, consideró que dadas las múltiples contradicciones en las que incurrió la demandante en su interrogatorio de parte, debía compulsarle copias a la Fiscalía General de la Nación para que la investigara por el presunto delito de falso testimonio.

RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCION S.A. recurrió la decisión únicamente frente al numeral segundo del resuelve en relación a la devolución de gastos de administración y los valores pagados a la aseguradora, afirmando que la ley 100 de 1993, en su artículo 20 dispuso el pago de gastos de administración y de las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, tanto para fondos privados como públicos y se ratificó en la ley 797 de 2003 en el artículo 7°, en ese orden, en primera instancia se desconoce el principio de igualdad que debe haber entre las partes, porque concede estos pagos más los rendimientos generados olvidando la gestión para que los ingresos aumentaran lo que perjudica al fondo, tampoco se puede desconocer el trabajo de los fondos, porque si no hubieran rendimientos, no se puede perder de vista que de haber permanecido la demandante vinculado a COLPENSIONES también se hubieren dado gastos de administración y pagos a la aseguradora, entonces de confirmarse la condena habría un enriquecimiento sin causa.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación indicando que los argumentos esgrimidos por la *a quo* no tomaron algunas reglas dentro de las relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante, por lo que se debió tener en cuenta que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de trasladarse de régimen consagrada en el literal e) artículo 2° de la Ley 797 de 2003; que tampoco cumplía con los requisitos plasmado en la sentencia CC C-1024 de 2004 puntualmente de contar con 750 semanas para efectuar la migración al RPM; que en el interrogatorio de parte rendido por la demandante se evidencia elementos de duda que no permite determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se hubiese vulnerado su consentimiento; que si bien a lo largo del tiempo se presentó un formulario de afiliación no se evidencian las circunstancias sobre las cuales la demandante logró tener un juicio de valor para integrarse nuevamente a Colpensiones, siendo devuelta al RAIS por el comité de multifiliación; y que no obra en el expediente prueba que demuestre que Colpensiones o los fondos privados aquí demandados hubiesen obrado en contra del principio de la confianza legítima, pues si bien la demandante fue devuelta al RAIS ella continuó con su cuenta de ahorro individual conforme a las disposiciones legales.

La demandante **MÓNICA ANDRADE RÍOS** interpone recurso de alzada exclusivamente frente al numeral quinto del resuelve de la decisión de primera instancia, para que se revoque la orden de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación por el presunto delito de falso testimonio por cuanto si bien en su interrogatorio de parte indicó que para el momento del traslado del régimen esto es, 1995 tenía 25 años (contaba 33 años), lo cierto es que con la demanda se aportó la fotocopia de la cedula de ciudadanía de donde se podía determinar la edad exacta a ese momento, que no obró de mala fe ni quiso engañar al despacho, simplemente ocurrió un confusión al hacer las cuentas para contestar la pregunta que se le estaba realizando, frente a las demás inconsistencia que la *a quo* pone de presente, señaló que ocurrieron por lo confuso de los hechos, pero que en el expediente están las pruebas documentales que demostraban que la demandante si estuvo aportando a Colpensiones hasta el año 2016 y que sin razón justificable su traslado fue reversado regresando al RAIS.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, 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 para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora **MÓNICA ANDRADE RÍOS** el 17 de febrero de 1995 (fl.173 exp. digital), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., afiliación que fue efectiva a partir del 1° de marzo de 1995 (fl.175 exp. digital), y aportó al régimen de prima media con prestación definida a través COLPENSIONES entre el 3 de octubre de 1988 hasta el 1 de marzo de 1995 (fl. 68). Que la demandante el 1° de diciembre de 2009 fue trasladada a Colpensiones por efectos de la sentencia CC C-1024 de 2004 (fl. 88), pero que dicho traslado fue revertido a partir de abril de 2016 regresando al RAIS por decisión del comité de multifiliación (fl. 104).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP demandada se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de las Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento debieron informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los

requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenía que demostrar que tipo de información le brindó al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación del actor buscar a la entidad para que lo ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicara sobre las diferencias de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP quien debió informarle desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia; y no es cierto que la demandante se preocupó de su situación pensional solo para el momento del cambio jurisprudencial, sino que fue a raíz de dichos criterios que se dio cuenta de las omisiones de la AFP al momento del traslado del régimen, lo cual además pudo detallar cuando llegó a la edad para pensionarse.

Claro está que todos los asuntos relacionados con la solicitud de ineficacia de traslado por falta de información son distintos como lo resalta el recurrente, por ende, cada uno debe abordarse de manera diferente, sin embargo, deben ceñirse a los parámetros jurisprudenciales relacionados para el asunto, tal como se analizó por la *a quo*, de suerte que no es dable predicarse que su decisión se hizo de manera automática y si bien la accionante era docente tal situación tampoco implica que tuviera pleno conocimiento sobre las características del régimen de ahorro individual y sus diferencias con el régimen de prima media, pues téngase en cuenta que para el momento de su traslado se trataba de un régimen nuevo que ni siquiera sus propios asesores tenía pleno conocimiento del tema, por lo que estos simplemente se basaban en brindar la información respecto de los beneficios del sistema, dejando a un lado las desventajas del mismo, que claramente influían al momento del reconocimiento pensional.

Ahora, frente al argumento de que la demandante se encontraba inmersa en la prohibición legal de trasladarse porque le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y que no cumplía con los requisitos de la sentencia CC C-1024 de 2004, advierte este Sala de decisión que la ineficacia del traslado de régimen pensional no depende de una condición especial, sino únicamente de la omisión de las administradoras de pensiones al deber de información al momento de la suscripción del formulario de traslado que recae de forma estricta

sobre ellas, omisión que en este caso la juez de primera instancia encontró acreditada, procediendo así las consecuencias jurídicas de la ineficacia.

De hecho, por tratarse de un derecho mínimo que consagra garantías en favor de los afiliados, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrarles oportunamente, información clara, cierta y comprensible de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, *«sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está o no próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto»* (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3463-2019).

Lo anterior es así, porque en el caso que nos ocupa lo que la demandante pretende es que se declare la ineficacia por omisión al deber de información al momento de la suscripción del formulario para cambio de régimen pensional, esto es, febrero de 1995, y no que se le revise si procede el traslado en aplicación de la sentencia CC C-1024 de 2004, o por no encontrarse inmersa en la prohibición consagrada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, razón por la cual estudiar estos temas resulta inane para las resultas del proceso.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen

de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020, SL 1467-2021, y SL 5680-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

*Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de **ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.***

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

En igual sentido se fijó en la sentencia CSJ SL5680-2021, en la puntualmente se estableció:

Tal como se expuso en casación y lo refirió el a quo, la consecuencia del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del acto de traslado, lo que implica que las partes deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. Dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se encontraba si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

*Por tal motivo, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades** (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020), al igual que los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.*

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende la entidad accionada.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCION S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Finalmente, frente a los reparos formulados por la demandante respecto del numeral quinto de la sentencia de primera instancia, observa esta Sala que esa decisión la adoptó la *a quo* en cumplimiento al deber general de denunciar, al considerar que existe una circunstancia que posiblemente constituye una conducta punible, conforme el numeral 3° del artículo 42 del CPG.

Además, la compulsión de copias según lo ha mencionado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, entre otras, en la sentencia STC2149-2016 “*es una facultad discrecional de los funcionarios poner en conocimiento de los competentes los actos u omisiones que estimen podrían llegar a ser constitutivos de faltas, sin que ello implique una extralimitación de sus funciones*”, por lo que no hay lugar, ha revocar esa decisión.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, como quiera que sus recursos de alzada no salieron avante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

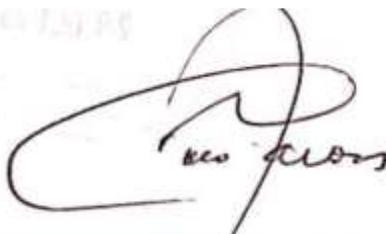
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

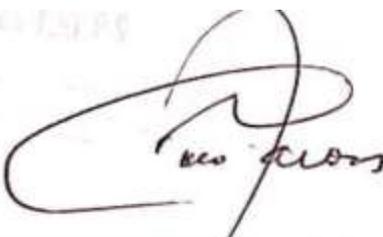


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$1.000.000 por cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOHANNA LUCIA AVELLA CÁRDENAS
contra FUNDACIÓN VICTORINE LE DIEU**

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

La señora **JOHANNA LUCIA AVELLA CÁRDENAS** llamó a juicio a la **FUNDACIÓN VICTORINE LE DIEU** y a la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO G A COOP**, con el fin de que de **manera principal** se **declare** que: *i)* existió un vínculo laboral entre ella y la fundación desde el 22 de junio de 2012 hasta el 30 de abril de 2015; *ii)* se encontraba en un estado de discapacidad moderada en los términos del artículo 7 del Decreto 2463 de 2001; *iii)* la terminación del contrato fue ineficaz por no cumplir el procedimiento fijado en la Ley 361 de 1997; *iv)* le adeudan la prima de servicios, cesantías e intereses a las mismas, y vacaciones, causadas desde el 22 de junio de 2012 al 30 de abril de 2015; *v)* no le han cancelado la liquidación definitiva de salarios, vacaciones y prestaciones sociales; *vi)* no la afiliaron ni le cancelaron aportes a la seguridad social; y *vii)* el accidente por ella sufrido el 19 de septiembre de 2013 en las instalaciones de la fundación fue su responsabilidad al no cumplir la normatividad de seguridad industrial. De manera subsidiaria pretende que se **declare** que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se **condene** a la **FUNDACIÓN VICTORINE LE DIEU**, a: *i)* el reintegro a un cargo de igual o mejor rango; *ii)* el pago indexado de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la terminación del contrato hasta que se materialice el reintegro; *iii)* cancelar las cesantías e intereses a las mismas, y vacaciones, causadas desde el 22 de junio de 2012 al 30 de abril de 2015, y los dineros correspondientes a la liquidación definitiva de salarios, vacaciones y prestaciones sociales; *iv)* la indemnización de que trata el artículo 65 del CST; *v)* la sanción por no consignación de las cesantías en el fondo autorizado de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; *vi)* satisfacer el duplo de los intereses a las cesantías en los términos del numeral 1° del artículo 3 de la Ley 52 de 1975; *vii)* sufragar los aportes a pensión por el periodo laborado; y *viii)* pagar la indemnización total y ordenada de perjuicios en concordancia con el artículo 216 del CST.

En forma subsidiaria peticionó que se condene a la demandada a la indemnización por despido sin justa causa; a lo que resulte probado ultra y extra petita; a la indexación de las condenas; y a las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones (fls. 9-14), básicamente, en que empezó laborando para la **FUNDACIÓN VICTORINE LE DIEU** los días domingos y festivos, que fue enviada a la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO G A COOP** donde a partir del 22 de junio de 2012 fue afiliada como trabajadora cooperada, empezando inmediatamente a trabajar para la fundación en mención, ubicada en la calle 72 A # 72 A -77 de Bogotá.

Señaló que desempeñaba el cargo de aseo siendo sus funciones lavar los baños de los abuelos, trapear pisos y escaleras y limpiar los vidrios, en el horario de lunes a sábado de 7:00 AM a 3:00 PM, recibiendo órdenes directas del padre Jose Ignacio Santamaria y de la hermana Natividad Sánchez; que el 19 de septiembre de 2013 cuando se encontraba limpiando la capilla de la fundación por órdenes de la hermana Sánchez, el trapeo se enredó con unas lámparas, las cuales se encontraban llenas de parafina caliente, cayéndole ese líquido en su cuerpo afectando principalmente la cabeza, la espalda y todo el lado derecho del hombro y el pie, siendo trasladada inmediatamente al Hospital Simón Bolívar, donde le diagnosticaron: quemadura del 30% SCT grado II superficial y profunda en área especial de mano derecha, grado II superficial y profunda en cuello, tórax posterior, brazo y antebrazo derecho, glúteo y muslo y pierna izquierda en cara posterior, grado III en cuello, tórax posterior y

Expediente No. 322018 00269 02

antebrazo derecho en cara posterior; y que ese accidente le generó una incapacidad hasta el 20 de diciembre de 2014.

Expuso que el 12 de diciembre de 2014 la ARL Sura envió a la CTA G A COOP recomendaciones para su reintegro laboral, regresando a su puesto de trabajo el 2 de enero de 2015.

Agregó que la ARL Sura le determinó una incapacidad permanente parcial y que mediante dictamen del 9 de febrero de 2015 le determinó una pérdida de la capacidad laboral del 24,3%; que esa ARL de acuerdo con el Decreto 2644 de 1994 le pagó una indemnización equivalente a \$7.257.146; que el dictamen fue notificado a la CTA G A COOP el 4 de marzo de 2015, quien a su vez enteró a la Fundación Victorine Le Dieu, así como las recomendaciones medico laborales; que el horario de trabajo fue modificado quedando de lunes a sábado desde las 9:00 AM a las 3:00 PM, pero las funciones siguieron siendo las mismas, por lo que ante su estado de limitación solicitaba al padre Jose Ignacio Santamaria le permitiera hacer el trabajo con periodos de descanso.

Indicó que en el mes de febrero de 2015 la contadora de la Fundación Victorine Le Dieu, le comunicó que su trabajo no quedaba bien hecho, que la iba a mandar a descansar mientras terminaba de recuperarse, que la CTA daría por finalizado el contrato, pero que en julio la llamaría de nuevo; y que todo el tiempo vive medicada con parches de buprenorfina y consume medicamento Lyrica para calmar los dolores.

Informó que el 31 de diciembre de 2014 fue inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá la liquidación de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO G A COOP** según se verifica en el certificado de existencia y representación legal; que el 30 de abril de 2015 esa cooperativa le da por finiquitado el contrato de trabajo por finalización del proceso con la Fundación Victorine Le Dieu; que a finales de julio de 2015 se comunicó con la contadora de la fundación señora Maria Teresa Ramírez para lo de su reintegro, pero que esa persona le informó que la fundación se iba a acabar y ya no podía contratarla; y que para la fecha de terminación de su relación laboral se encontraba con fuero de estabilidad reforzada.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **FUNDACIÓN VICTORINE LE DIEU** contestó (fls. 69-73) oponiéndose a las pretensiones de la demanda, y en cuanto a los hechos, manifestó que entre la fundación y la CTA en mención, existió una oferta comercial, en virtud de la cual la CTA se obligó en calidad de contratista a proveer los servicios de aseo y oficios varios con personal calificado y bajo su dirección manejo y control.

Que el padre Jose Ignacio Santamaria le informó a la demandante que había la posibilidad de vincularse como trabajadora asociada de la CTA G A COOP, en virtud de un convenio comercial vigente, siendo la señora AVELLA CÁRDENAS quien decidió presentarse a la cooperativa el 22 de junio de 2012 y que posteriormente fue presentada por la CTA a la fundación como la persona designada por esa cooperativa para cumplir el objeto de la oferta comercial, pero que la demandante siempre rindió informe de su labor a la cooperativa y no a la fundación, ya que esta solo era la beneficiaria de un servicio contratado.

Aceptó los hechos relativos al accidente de trabajo e informó que así había quedado probado en la investigación realizada por la ARL Sura, y en los diagnósticos médicos respecto del estado de salud de la actora, que la ARL si emitió recomendaciones médicas, y que el reingreso al puesto de trabajo se debió a que no se expidieron mas incapacidades en su favor. Igualmente aceptó que la ARL emitió dictamen en que se determinó una pérdida de la capacidad laboral y su debida notificación, así como el pago de la indemnización y el monto por parte de la ARL; que el servicio que se debía prestar a la fundación no varió.

Indicó que no tuvo ninguna injerencia en la terminación del vínculo civil que tenía la demandante con la CTA, y que la fundación no tuvo ningún vínculo contractual con la actora.

En su defensa propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, buena fe, y la genérica.

La **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO G A COOP liquidada** contestó (fls. 86-92) oponiéndose a las pretensiones de la demanda, y en cuanto a los hechos en su mayoría expreso no ser ciertos, manifestó que la hoy demandante se presentó en sus instalaciones el 22 de junio de 2012 y realizó el proceso de asociación aceptando las condiciones contractuales, por ende, era una trabajadora asociada que hacía su

Expediente No. 322018 00269 02

aporte social en trabajo “limpieza”, y que posteriormente la presentó con la maquila, quien debía aprobarla.

Señaló que la demandante no tenía un cargo, porque el objeto de su contrato de cooperado era desarrollar el acuerdo cooperativo, la actividad socioeconómica, que era la prestación de servicios de salud y limpieza a la maquila; y que la accionante no recibía ordenes, porque las relaciones entre cooperado son reguladas por ellos mismos.

Aceptó que la señora AVELLA CÁRDENAS no trabajó entre el 19 de septiembre de 2013 y hasta el 20 de diciembre de 2014 en razón a sus diagnósticos médicos, y que se le expidieron unas recomendaciones medico laborales por parte de la ARL Sura; que la cooperativa fue liquidada el 26 de diciembre de 2014 y así se registró en el certificado de existencia y representación legal el 31 del mismo mes y año; y que el 30 de abril de 2015 le dio por terminada su vinculación debido a la finalización del proceso con la Fundación Victorine Le Dieu.

En su defensa propuso como excepciones previas las de inexistencia de la demandada, ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones, y compromiso o cláusula compromisoria, frente a las que el Juzgado 32 Laboral de Circuito de Bogotá al que correspondió su conocimiento, en audiencia primera de trámite realizada el 31 de enero de 2019 resolvió (fl. 284 y Cd 283):

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la demandada cooperativa de trabajo conforme las manifestaciones expuestas y se declarara la terminación del proceso dentro de la misma.

SEGUNDO: respecto de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria la misma no es procedente conforma las consideraciones expuestas.

TERCERO: respecto de la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones la misma y conforme las consideraciones hechas por el despacho se declarará probada y en consecuencia y al no ser subsana la demanda se declara terminado el proceso para las dos demandadas conforme las consideraciones expuestas.

La anterior decisión fue revocada por esta Sala de decisión, ordenando continuar con el trámite procesal respecto de la Fundación Victorine Le Dieu.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de diciembre de 2019, resolvió: *i)* declarar probada la excepción de inexistencia de la relación laboral; *ii)* absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante; y *iii)* condenar en costas a la accionante.

Como **argumentos de su decisión**, después de citar como premisas normativas los artículos 22, 23 y 24 del CST y el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y hacer una relación de los medios de prueba obrantes en el expediente, señaló que la demandante de forma voluntaria y sin coerción firmó el convenio cooperativo, que aceptó y firmó unos documentos en el que se le explicaron las condiciones de la CTA y el régimen de compensaciones de los afiliados.

Argumentó que la terminación del vínculo que existía entre la actora y la CTA no fue por razón de la discapacidad de la señora Avella Cárdenas sino con ocasión de la liquidación de la Cooperativa de Trabajo Asociado G A COOP, situación que fue plasmada en una declaración extra proceso rendida por la demandante y en una acta de cumplimiento de cuenta final de liquidación suscrita entre esa cooperativa y la actora, y que aunque la aquí demandante aduzca que ella no leyó esos documentos, en ellos está plasmada su firma en señal de aceptación del contenido de los mismos.

Indicó que la accionante transó con la Cooperativa de Trabajo Asociado G A COOP cualquier eventual diferencia que pudiera surgir con ocasión de su vinculación y del accidente de trabajo que había sufrido, sin perjuicio de la indemnización que ya había pagado la ARL SURA, advirtiéndose que de los documentos allegados y del interrogatorio de parte de la actora, se podía concluir que a ella si se le pagaron todas sus prestaciones, además de sus aportes al sistema de seguridad social, pues fue precisamente la ARL quien en virtud de la afiliación y pago de aportes atendió el accidente laboral e inclusive reconoció una indemnización.

Arguyó que si bien conforme a los convenios asociativos no podía hablarse propiamente del pago de cesantías, prima e intereses a las cesantías, lo cierto es que la CTA realizó una serie de pagos o compensaciones que en la práctica equivalían precisamente a esas prestaciones sociales, y que la demandante en su interrogatorio de parte aceptó que una vez desvinculada de la CTA le pagaron su liquidación.

Consideró que aunque la demandante adujo que recibía órdenes por parte del padre José Ignacio Ortega y la hermana Natividad, de ello no allegó prueba, pues el

representante legal de la Fundación en su interrogatorio de parte manifestó que la demandante ya sabía lo que debía hacer, porque era un tema de responsabilidad, y que él no estaba detrás de ella impartiendo órdenes, que si dio algunas instrucciones, también negó que Natividad le hubiese dado órdenes, concluyendo el *a quo* que no existía una sola razón que diera cuenta de la existencia de la subordinación de la demandante frente a la fundación, aclarando que la vinculación fue con la CTA, quien asumió todas las obligaciones y prestaciones.

Finalmente, adujo frente a la indemnización plena de perjuicios con ocasión del accidente de trabajo, que esta no procedía porque no había relación laboral entre la demandante y la fundación, además que ese asunto había sido transado por la actora y la Cooperativa de Trabajo Asociado G A COOP. En consecuencia, manifestó que las pretensiones de la demanda no prosperarían.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, interpuso recurso de apelación Apelación el cual se transcribe en su literalidad:

Sigo sosteniendo en que la fundación tenía como intermediario laboral a la CTA G A COOP entidad que la remitió a la trabajadora a la fundación para que le realizara la afiliación a seguridad social y el pago de aportes, de lo que puede inferirse la existencia de una relación laboral entre las partes, toda vez que se evidencia que esta no actuó exclusivamente en calidad de cooperada de la CTA y tampoco como simple asociada, sino que laboraba para la fundación, respeto de la cual aceptaba ordenas, cumplía horario.

De ahí se puede predicarse la existencia de un vínculo subordinado regido por la legislación laboral y no por la legislación civil, o comercial como quiera que la relación de la accionante con la fundación permite colegir que se trataba de un contrato de trabajo simulado por el contrato cooperativo.

La accionante nunca realizó su trabajo de aseo para la cooperativa al contrario lo hizo para la Fundación Victorine Le Dieu durante 2 años y 10 meses.

Vamos al interrogatorio de parte absuelto por el representante legal el padre Ortega, él mismo manifiesta que no tenía conocimiento de que ella fue despedida sino por el contrario él también dice que él quería que ella se quedara que él le insistía, y si no existía un tipo relación laboral quien debido hacer esto, era la cooperativa.

Otra cosa el padre Ortega representante legal de la Fundación Victorine Le Dieu también tuvo actos propios como si fuera el empleador de ella, aunque lo argumenta que con la caridad que con la función de sacerdote no me encuentro de acuerdo con esa manifestación.

Y lo otro es en relación al estado de vulnerabilidad en que se encontraba por su PCL de 24,3% que es una incapacidad moderada ya definitiva, siendo así las cosas, solicito al tribunal que declare que hubo relación laboral entre la demandante y la Fundación Victorine Le Dieu. Eso es todo.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, y teniendo en cuenta que la Cooperativa de Trabajo Asociado G A COOP fue desvinculada del proceso, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si entre la demandante y la Fundación Victorine Le Dieu, existió un contrato de trabajo ejecutado entre el 12 de junio de 2012 y el 30 de abril de 2015. **Solo de ser así**, se analizará la procedencia de las peticiones principales, y solo en caso de ser negadas se estudiarán las pretensiones subsidiarias.

Bajo ese entendido en caso de proceder, se verificará, si: i) la terminación del contrato de trabajo fue ineficaz por no cumplir con el procedimiento establecido en el la Ley 361 de 1997, y por ende, si procede el reintegro con todas sus consecuencias jurídicas; ii) a la demandante se le adeudan las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social por el periodo laborado hasta el 30 de abril de 2015; iii) procede la indemnización por la no consignación de cesantías; iv) aplica la sanción por no pago de los intereses a las cesantías en las fechas estipuladas por la ley; y v) el accidente de trabajo sufrido por la accionante el 19 de septiembre de 2013 fue responsabilidad del empleador en los términos del artículo 216 del CST.

Y de manera subsidiaria, correspondería establecer si la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa.

De la relación laboral

Empieza esta Sala por recordar, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, constituye un elemento esencial de nuestro ordenamiento jurídico laboral, el que se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, conforme al cual los jueces pueden dejar a un lado las formas convenidas por las partes de una relación contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado, por lo que si de

dichas circunstancias se evidencia el elemento de la subordinación característico de un contrato de trabajo, se imponen las consecuencias jurídicas que prevé la ley.

Asimismo, en consonancia con el referido principio, está el artículo 24 del CST, según el cual, toda prestación personal de servicio remunerada se presume regida por un contrato de trabajo, disposición que supone que al trabajador le basta demostrar la ejecución personal de la actividad, para que se presuma que se desarrolló bajo una relación de naturaleza laboral, supuesto que radica en cabeza del empleador la carga de desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma, y sin el lleno de los presupuestos exigidos por la ley, para no tener tal condición.

Bajo este panorama la Sala entrará a verificar el material probatorio con el fin de determinar si la demandante en la realidad tuvo una vinculación de tipo laboral con la Fundación Victorine Le Dieu entre el 12 de junio de 2012 y el 30 de abril de 2015.

Señaló la actora que el 22 de junio de 2012 se presentó en las oficinas de la Cooperativa de Trabajo Asociado G A COOP quien la envió a trabajar de inmediato para la Fundación Victorine Le Dieu, frente a este hecho en la contestación de la demanda, tanto la CTA como la fundación señalaron que la demandante fue presentada a la maquila el 22 de julio de 2012; adicionalmente informaron que allí prestó el servicio hasta el 30 de abril de 2015, data en que se terminó el vínculo contractual por liquidación definitiva de la CTA.

Se evidencia entonces que no existe controversia en la fecha de finalización de la relación contractual, no obstante, la demandante expresa que la fecha de inicio fue el 22 de junio de 2012 mientras que tanto la CTA como la fundación señalaron que fue un mes después.

Frente a este tópico, encuentra la Sala a folio 109 comunicación de fecha 22 de junio de 2012 dirigida a la Cooperativa de Trabajo Asociado G A COOP por la demandante, con el fin de que se le tuviese como candidata para ser cooperada, por cumplir con los requisitos contemplados en los estatutos de esa Cooperativa, y se comprometió a “*suscribir un mínimo de aportes sociales*”; a folios 111 se encuentra el formato de ingreso a la Cooperativa correspondiente a la demandante donde se lee “*MAQUILA: Fundación Victorine*”, y así mismo se encuentra certificación de afiliación a la ARL Sura realizada el 22 de junio de 2012 (fl. 120), y formularios de afiliación a EPS Salud Total (fl. 127) y

Expediente No. 322018 00269 02

Caja de Compensación Familiar Colsubsidio (fl. 130) donde se lee fecha de ingreso “22/06/2012”, y obra contrato de asociado firmado el 22 de junio de 2012 por la señora Avella Cárdenas (fl. 146); documentos de los cuales se puede extraer que la fecha inicial de la relación contractual fue el **22 de junio de 2012**.

En resumen, la demandante cumplió con la carga de la prueba de demostrar que, si prestó un servicio personal a la Fundación Victorine Le Dieu, y que este fue ejecutado entre el 22 de julio de 2012 y el 30 de abril de 2015, por lo que en virtud de lo consagrado en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, se presume en su favor, la existencia de un contrato laboral.

Siendo ello así, el eje fundamental del análisis consiste en determinar si la Fundación Victorine Le Dieu derruyó esa presunción, mediante cualquier medio de prueba que permitiera evidenciar que el servicio contratado, en realidad, se prestó bajo condiciones de autonomía e independencia.

Se encuentra en el expediente una oferta mercantil (fls. 74-81 y 97-104) que existía desde el 1° de mayo de 2007 entre la Cooperativa de Trabajo Asociado G A COOP y la fundación en mención, en la que se lee términos y condiciones:

*PRIMERA: Objeto- GA COOP ofrece a Fundación Victorine Le Dieu, la prestación de servicios de procesos administrativos y de apoyo, consistentes en el **suministro de recursos humanos** profesional e idóneo, con conocimiento y experiencia en los términos que se especifican en el ANEXO 1 denominado ficha técnica de Fundación Victorine Le Dieu, y de acuerdo a los requerimientos de Fundación Victorine Le Dieu.*

Segunda: obligaciones de las partes- de ser aceptada la presente oferta las partes se comprometen a las siguientes:

GA COOP

- (...)
- Poner a disposición de la Fundación Victorine Le Dieu personal profesional, idóneo y con experiencia en las áreas propias de las distintas actividades que integran el objeto de esta Oferta.
- (...)
- Cambiar o sustituir a petición de Fundación Victorine Le Dieu, el personal asignado para la prestación de los servicios, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la solicitud elevada por escrito a través de sus funcionarios autorizados.

De lo anterior, es evidente que la Cooperativa de Trabajo Asociado G A COOP realizaba suministro de recurso humano a la Fundación Victorine Le Dieu, actividad que es propia y exclusiva de las empresas de servicios temporales.

Recuérdese que conforme el artículo 5 del Decreto 4588 de 2006 el objeto social de estas organizaciones solidarias es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. Así mismo, tiene la posibilidad contratar con terceros la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, siempre que respondan a la ejecución de un proceso total o parcial o por subprocesos, correspondientes a las diferentes etapas de la cadena productiva, pero siempre atados a un resultado específico.

En este mismo sentido, debe resaltarse que conforme el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 las empresas de servicios temporales son las únicas autorizadas para el envío de recurso humano, mano de obra o trabajadores en misión para prestar servicios a terceros beneficiarios para colaborar temporalmente con algunas de las actividades de esas empresas o instituciones.

Es decir, que las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados **para suministrar mano de obra** temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio (artículo 7° de Ley 1233 de 2008) pues cuando esto sucede se está desnaturalizando el trabajo asociado, y en caso de incurrir en dicha prohibición se considera que el trabajador es dependiente de la persona natural o jurídica que se está beneficiando con su trabajo.

De lo anterior, resulta válido concluir que la señora Johanna Lucia Avella Cárdenas prestó sus servicios personales como trabajadora dependiente de la Fundación Victorine Le Dieu, como quiera que entre esta y la Cooperativa de Trabajo Asociado G A COOP incurrieron en la prohibición legal de suministro de personal, siendo precisamente esa la consecuencia jurídica de sus actos.

Ahora si bien, en el proceso la Fundación Victorine Le Dieu argumentó que no le daba órdenes a la demandante sino que impartía instrucciones y orientaba las labores (contestación hecho 12 de la demanda e interrogatorio de parte al representante legal de la fundación), lo cierto es que la subordinación de acuerdo al artículo 23 del CTS es una facultad que tiene el empleador de exigirle al dependiente el cumplimiento de órdenes o instrucciones y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato de trabajo y la obligación permanente del trabajador de obedecerlas y acatarlas cumplidamente (CSJ SL, 1 jul. 1994, rad. 6258), y el solo hecho

de señalar que no dio órdenes no implica que la demandante no se encontrara sujeta a esa relación de dependencia, pues recuérdese que la labor que desarrollaba era de aseadora o servicios varios, los cuales de ninguna manera suponen independencia y autonomía propia de quien los desarrolla.

Sumado lo anterior, la Fundación Victorine Le Dieu no allegó ningún medio de prueba con la vocación de desvirtuar la presunción de que en la realidad lo que se ejecutó fue una relación laboral con la demandante, pues si bien en el papel, es decir, en la forma la demandante era una asociada, esta Sala debe verificar es la realidad de como en el día a día se desarrolló esa relación, de lo cual no obra evidencia, y ante el suministro de personal ilegal que realizaba la CTA a la fundación, no queda otro camino que declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la actora y la fundación, con fecha de inicio 22 de junio de 2012 y de terminación 30 de abril de 2015.

DE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en sentencias CSJ SL592-2014 reiterada en SL064-2020, le corresponde al trabajador demostrar que la terminación del contrato provino de la voluntad del empleador, entendido este como la decisión unilateral del mismo de finiquitar el vínculo existente. Así lo indicó:

En principio, a cada parte le corresponde demostrar las afirmaciones o las negaciones que hace como fundamento de sus pretensiones o excepciones. Así lo preceptúa el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, Por supuesto, hay normas de derecho que excepcionalmente exoneran a las partes de acreditar hechos o negaciones, como es el caso de las presunciones y las negaciones indefinidas, para solo traer dos ejemplos.

En el campo laboral, en forma por demás reiterada, esta Sala de Casación tiene adoctrinado que, en materia de despidos, sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste, si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión

En el presente caso, se evidencia una carta impresa en hoja membretada y firmada por la Jefe RRHH de la CTA (f.º 147) de fecha 30 de abril de 2015 dirigida a la señora Avella Cárdenas, con asunto finalización proceso fundación Victorine, donde le informa que el proceso que ella venía ejecutando había finalizado y que además como era de su conocimiento la Cooperativa se encontraba liquidada. Así mismo, se observa un documento denominado “*acta de cumplimiento cuenta final de liquidación COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO G A COOP liquidada y transacción de contrato civil de asociación entre esta y Johanna Lucia Avella Cárdenas*” (fl. 151-152) suscrito

el 7 de julio de 2015, data en que la aquí demandante le hizo reconocimiento y presentación personal ante la Notaría 10 de Bogotá, y en la que se lee:

Primera: *Johanna Lucia Avella Cárdenas estuvo vinculada mediante un contrato civil de asociación con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO G A COOP liquidada, desde el 22 de junio de 2012, relación contractual que terminó por liquidación total de la referida entidad, hecho que fue aceptado por la asociada de conformidad con las normas vigentes el 30 de abril de 2015, a la terminación del mismo le fueron pagas a la señora Avella las compensaciones legales y extralegales a las que tuviere lugar, así como le fueron devueltos los aportes y demás dineros que se hallan causado con causa y con ocasión al vínculo que unió a las partes.*

(...)

De lo que se puede concluir que fue la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO G A COOP quien dio por terminado el vínculo con la demandante, mas no su verdadero empleador la Fundación Victorine Le Dieu, pues según narró el representante legal de esa entidad, en su interrogatorio de parte, al preguntarle si tenía “conocimiento de porque la demandante fue despedida de la fundación”, él respondió:

Ahí si tengo claridad porque a mi me dolió mucho, cuando los de riesgos laborales, dijeron que ella podía volver a trabajar pues nosotros dijimos que bien, que alegría además, nos dio una inmensa alegría y se le quitaron un montón de cosas por su situación le dijimos, yo, no puedes tocar nada de químicos nada de eso por favor, solamente haz lo de la limpieza y luego ya veremos, pero sin químicos sin nada.

Cuando me enteró que le iban a dar una indemnización, y yo le dije a ella “no te vayas”, estas con todas las cosas de la Cooperativa no te vayas, sigue “no pero es que voy a poner un negocio”, “pero que negocio vas a poner tu con \$7.000.000, que eso era lo que le daban, y a mi eso me dolió, yo lo asumo, yo asumo que ella quería irse porque le iban a dar una indemnización y pues yo me tengo que callar, y tristemente cuando no me hacen caso pasa lo que pasa, porque, porque para mi el amor lo es todo, y mas la situación de ella que son cinco hijos, no? O cuatro yo ya ni me acuerdo, cinco hijas, NO? Ósea a mi esas situaciones me mueven, yo le decía no te vayas eso no te sirve para nada, aquí tiene seguridad, “no, aquí yo no puedo trabajar”, no se si seguirá anclada o aferrada a la codeína, que para mi era doloroso verla que tenía que estar cada 4 horas con la codeína, yo le decía ve dejándola porque yo soy enfermero y yo se de eso, y ella “no me duelo mucho” y yo lo sé, pero ve dejándola, y a mí me dolió, realmente a mí me dolió que ella se fuera porque creo que ella nos necesitaba, y a través de la cooperativa tenía las cosas organizadas, ahora lo triste es que nuestra fundación se tuvo que acabar ya son por motivo nuestros ya económicos no!, pero realmente a mí me dolió que ella se fuera y durante este tiempo que tu dices porque yo asumí? la caridad, lo hicimos desde el primer instante y ella lo puede decir.

A mi lo que me (...) es que todos los millones que tenia en la cuenta que se le iban metiendo de su sueldo, porque yo decía no le descuenten nada por favor, todo, todo, más el arriendo más, por favor todo, a las niñas que no les falte nada, que luego su hija lo sacara todo, estuviera tirando la tarjeta y cuando ella salió del hospital

no tenía nada, eso, es que eso para mi es doloroso ósea no es justo, no es justo que estos episodios hayan pasado.

En esa misma diligencia el Juez le preguntó “¿a JOHANNA la despidieron o ella se fue?”, a lo que él manifestó “no, ella se fue, por eso yo le decía por favor no te vayas por favor no, en el tercer piso si te acuerdas (mirando a la demandante) en el tercer piso al lado de la puerta, “Johanna esos \$7.000.000 no te van a servir”, “no que voy a poner un negocio” unas amigas mías Teresa le dio también un dinero para ese negocio “yo decía eso no va a funcionar”, aquí vas a tener todo, vas a tener tu pensión, sigue “no que yo tengo muchos dolores que yo ya no puedo” y de verdad le quitamos mucha carga, **porque queríamos que se quedara.**

Entonces, resulta palmario que la demandante no acreditó que la terminación del contrato provino de la voluntad del empleador, esto es, la Fundación Victorine Le Dieu, ya que las documentales lo que acreditan es que el vínculo finalizó por la CTA con la que se firmó un acuerdo transaccional, y por el contrario, lo que evidencia esta Sala es que el representante legal de la fundación no tuvo la voluntad de terminar la relación contractual, pues el mismo señaló bajo la gravedad de juramento que le insistió que se quedara, que el dinero que le habían dado no le iba a alcanzar para nada, que no se fuera, pero que ella decidió irse a colocar un negocio con el dinero que la ARL Sura le había reconocido, relato que resulta creíble para este despacho.

Ahora, también resulta relevante señalar que al preguntarle a la demandante como fue desvinculada de la Fundación esta manifestó:

yo trabaje hasta el 29 de mayo de 2015 que se me termino la incapacidad con SURA que era el que me pagaba sueldos y algo así, ahí me llego un papel que decía que ya se me habían acabado las incapacidades y que tenía que volver a mi puesto, ahí notifiqué a la fundación que fue a la señora María Teresa Ramírez que era la que recibía los documentos, ella me pagaba el sueldo, con ella arreglaba lo de la plata y me volvieron a vincular a la fundación hasta el 30 de mayo y luego me dijeron que me fuera a la casa con 2 meses más de incapacidad que me los iban a pagar y debía volver el 2 de julio y tenía una cita médica ese mismo día y volví el 3 de julio y estuve esperando a María Teresa que era con quien me entendía pero no apareció y el 4 me llamó y me dijo que ya no tenía más trabajo.

La anterior versión, no encuentra respaldo, como quiera que la ARL Sura emitió recomendaciones laborales a partir de la fecha fin de incapacidad 20 de diciembre de 2014 (fl. 39-40), la demandante no aportó incapacidades posteriores a esa data y además obra en el expediente derecho de petición (fl. 51) dirigido a la CTA GA COOP suscrito por la accionante en el que textualmente refiere “labor que desempeñe en la

Fundación Victorine desde el día 22 de junio de 2012 hasta el 30 de abril de 2015", además en el proceso no se probó que la señora María Teresa Ramírez fuese una representante de la fundación, pues si bien la demandante indicó que era la contadora, se desconoce si ello era así, pues no se allegó prueba que acreditara esa calidad ni se le interrogó al representante legal sobre este asunto.

Así las cosas, dado que la demandante no demostró que la Fundación Victorine Le Dieu le hubiese finalizado el vínculo laboral, sino que por el contrario presuntamente esta se fue con la intención de colocar un negocio con la indemnización y otros dineros que recibió, no hay lugar a declarar que el contrato de trabajo antes declarado, término sin justa causa.

Bajo ese panorama, si bien en el expediente se encuentra demostrado que la demandante sufrió un accidente el 19 de septiembre de 2013 en las instalaciones de la Fundación Victorine Le Dieu donde se encontraba prestando sus servicios, el cual le causó una pérdida de la capacidad laboral del 24,3% (fl. 43-45) y que la tuvo incapacitada para trabajar hasta el 20 de diciembre de 2014, situación que le generaba una estabilidad laboral reforzada en razón a su salud, máxime que la ARL Sura le expidió recomendaciones que debían mantenerse desde el 20 de diciembre de 2014 y de manera permanente, lo cierto es que, la demandante decidió terminar la relación laboral por su propia voluntad, por lo que no hay lugar a que la pretensión de reintegro prospere, como quiera que ella depende de que el despido hubiese sido con ocasión de condición de salud de la trabajadora, lo que en este caso no ocurrió.

DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

Pretende la demandante que la Fundación Victorine Le Dieu, le pague prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social por el periodo laborado hasta el 30 de abril de 2015.

Recuérdese que en presente asunto la demandante se encontraba vinculada a través de una Cooperativa de Trabajo Asociado, la cual le pagaba una compensación mensual (equivalente a salario), una compensación semestral (equivalente a prima de servicios), compensación fin de año (equivalente a cesantía), interés a compensación de fin de año (equivalente a intereses a la cesantía), y un descanso anual remunerado (equivalente a vacaciones).

Observa el despacho que la demandante devengaba como remuneración mensual un salario de un (1) SMMLV, y aparecen los pagos del mes de octubre, noviembre, y diciembre de 2014, donde también se evidencia el pago de la compensación semestral 2 periodo 2014, además se anexan los pagos de nómina de enero, febrero, marzo y abril de 2015, más el pago de los intereses a compensación de fin de año cancelados en enero de 2015 (fls. 105-108 y 160-165).

Sumado a lo anterior, existe una carta impresa en hoja membretada por la CTA (f.º 148) de fecha 30 de abril de 2015 dirigida a Porvenir con referencia: pago total de cesantías, en donde se indica “*nos permitimos solicitar a usted se sirvan autorizar el pago de la referencia a favor y/o por cuenta del siguiente funcionario JOHANNA LUCIA AVELLA CÁRDENAS*”, así mismo obra liquidación final del vínculo correspondiente al año 2015 en la que le cancelaron la suma total de \$1.086.533 (fl. 153), y también confesión por parte de la demandante quien indicó en su interrogatorio de parte que a la terminación del contrato le pagaron sus cesantías, salarios y que no sabe que mas le pagaron.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en un documento denominado “*acta de cumplimiento cuenta final de liquidación COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO G A COOP liquidada y transacción de contrato civil de asociación entre esta y Johanna Lucia Avella Cárdenas*” (fl. 151-152) suscrito el 7 de julio de 2015, data en que la aquí demandante le hizo reconocimiento y presentación personal ante la Notaría 10 de Bogotá, se precisó:

Primera: *Johanna Lucia Avella Cárdenas estuvo vinculada mediante un contrato civil de asociación con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO G A COOP liquidada, desde el 22 de junio de 2012, relación contractual que terminó por liquidación total de la referida entidad, hecho que fue aceptado por la asociada de conformidad con las normas vigentes el 30 de abril de 2015, a la terminación del mismo le fueron pagas a la señora Avella las compensaciones legales y extralegales a las que tuviere lugar, así como le fueron devueltos los aportes y demás dineros que se hallan causado con causa y con ocasión al vínculo que unió a las parte.*

Segundo: *las partes dejan constancia que la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO G A COOP, liquidada reconoció y pago durante la vigencia y a la finalización del contrato asociado la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo legal y extralegal.*

Tercero: *(...) declarándose mutuamente a paz y salvo por todo concepto. (...)*

Cuarto: *que en desarrollo del contrato existió un accidente ocurrido en las instalaciones de la maquila Fundación Victorine Le Dieu, incidente que fue cubierto en su totalidad por la ARL Sura (...)*

Quinto: *que la terminación del contrato de asociación fue por la extinción de la entidad, sin que existiera ninguna otra razón o móvil para la terminación del mismo.*

Sexto: *que en la cuenta de liquidación de la referida COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO G A COOP, se estableció un monto de dinero con destino a la asociada Johanna Lucia Avella Cárdenas, por lo tanto las partes haciendo uso de la conciliación, para prever eventuales controversias especialmente frente a la forma de terminación del contrato, la naturaleza del mismo y el cumplimiento de las obligaciones legales, ha decidido de manera libre y voluntaria en uso total de sus facultades legales, conciliar cualquier diferencia que pudiera derivarse del contrato que vinculó a las partes (...) en una suma conciliatoria, total y única de \$1.300.000 con esta se entienden transadas y saneadas las diferencias que existieron y/o puedan existir a futuro con causa y con ocasión al vínculo que unió a las parte (...).*

En ese mismo sentido obra una declaración extra proceso (fl. 149-150) de fecha 7 de julio de 2015 rendida bajo la gravedad de juramento ante la Notaría 10 de Bogotá por la demandante donde declara que estuvo vinculado mediante contrato civil a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO G A COOP desde el 22 de junio de 2012 hasta el 30 de abril de 2015 finalizando la relación por liquidación de la CTA, que esa entidad le reconoció durante el tiempo de vinculación todas sus compensaciones ordinarias y extraordinarias, que le devolvieron los aportes sociales y todos los dineros generados con ocasión del vínculo, que la CTA se encontraba a **PAZ Y SALVO** por todo concepto, y que recibió la suma de \$1.300.000 dejando transadas y saneadas las diferencias que existieran y/o pudieran existir en el presente o futuro con ocasión de la relación contractual finalizada.

Así las cosas, esta Sala teniendo en cuenta que conforme el artículo 1630 del CC cualquier persona puede pagar en nombre del deudor aun sin el consentimiento o en contra de su voluntad, y como quiera que a la demandante la CTA le pagó todas las obligaciones surgidas del vínculo desarrollado entre el 22 de junio de 2012 y el 30 de abril de 2015 tal como, compensación mensual (equivalente a salario), una compensación semestral (equivalente a prima de servicios), compensación fin de año (equivalente a cesantía), interés a compensación de fin de año (equivalente a intereses a la cesantía), y un descanso anual remunerado (equivalente a vacaciones), y además se le otorgó \$1.300.000 por concepto de acuerdo transaccional, no hay lugar a imponer condenas en contra de la Fundación frente a las prestaciones sociales, y vacaciones que pretende la demandante.

DE LOS APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL

Ahora, respecto de la afiliación al sistema integral de seguridad social en el expediente obran los formularios mediante los cuales la CTA realizó la afiliación a la EPS Salud

Total (fl. 127-129), a la Caja de Compensación Familiar Colsubsidio (fl. 130-131), y la constancia de afiliación a la ARL Sura (fl. 120), además de las planillas de pago de estos aportes a través del operador ENLACE en el que se evidencia que en Pensiones el aporte se realizó a la AFP Porvenir (fl. 156-159), y la confesión de la demandante en su interrogatorio de parte de que a ella si le pagaron lo correspondiente a pensiones, por esta razón no hay lugar a impartir condenas para el pago de aportes al sistema de seguridad social integral, es decir, que se absolverá de esta pretensión, pues en la relación triangular que se ejecutó, la CTA asumió el pago de estos aportes, los cuales son válidos como ya se informó.

DE LA INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS EN UN FONDO

En esos términos, al encontrarse pagas las cesantías conforme la carta de retiro total de esa prestación y la confesión de la demandante de haber sido pagas las mismas, no hay lugar a condenar a la demandada a pagar la sanción por no consignación de las cesantías en un fondo.

DE LA CULPA PATRONAL ARTÍCULO 216 DEL CSTS

Es oportuno recordar que, la condena por indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 del CST, debe estar precedida de la culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo tal que su imposición amerita, además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, la prueba de que la afectación a la integridad o salud del empleado fue consecuencia de la negligencia u omisión del empleador en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores (artículo 56 CST)

No basta entonces con plantear el incumplimiento del empleador en las obligaciones de cuidado y protección a favor del trabajador, como quiera que la indemnización plena y ordinaria de perjuicios reglada por el artículo 216 del CST *“(...) no es una especie de responsabilidad objetiva como la del sistema de riesgos laborales, para que opere la inversión de la carga de la prueba que se reclama», en razón a que debe estar acreditado el accidente y las circunstancias en las que ha tenido ocurrencia, y «[...] que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de*

prevenir cualquier accidente (...)” (CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656; CSJ SL17026-2016; CSJ SL10262-2017 y CSJ SL10417-2017).

Bajo los anteriores supuestos, de un lado, al revisar el escrito de la demanda inicial, se observa que, si bien se planteó en la pretensión 8 el pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios en concordancia con el artículo 216 CST, dentro de los hechos y los fundamentos y razones de derecho no se argumentó nada frente a ese tema; y de otro, en la primera instancia no fue discutido, pues no fue objeto de la fijación de litigio, por ende, esta Sala se releva de su estudio.

En consecuencia, se **REVOCARÁ** la decisión tomada en primera instancia, para en su lugar, DECLARAR que entre la demandante JOHANNA LUCIA AVELLA CÁRDENAS y la demandada FUNDACIÓN VICTORINE LE DIEU, existió un contrato de trabajo a término indefinido ejecutado entre el 22 de junio de 2012 y el 30 de abril de 2015, y ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS:

Sin COSTAS en esta instancia.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

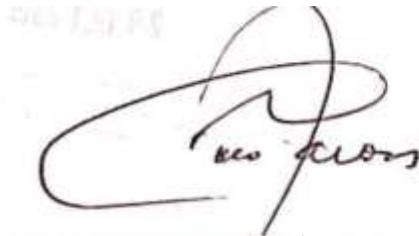
R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, DECLARAR que entre la demandante JOHANNA LUCIA AVELLA CÁRDENAS y la demandada FUNDACIÓN VICTORINE LE DIEU, existió un contrato de trabajo a término indefinido ejecutado entre el 22 de junio de 2012 y el 30 de abril de 2015.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada FUNDACIÓN VICTORINE LE DIEU de las demás pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: Costas en primera instancia a cargo de la FUNDACIÓN VICTORINE LE DIEU. Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LEONOR SEPÚLVEDA CARVAJAL contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **LEONOR SEPÚLVEDA CARVAJAL**, se **declare** la nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada el 31 de enero de 2002 a través de la AFP Horizonte que en la actualidad se fusiono con Porvenir S.A. por existir engaño y asalto en su buena fe induciéndola al error y viciando su consentimiento para que se trasladara del régimen de prima media. En consecuencia, se **ordene** a la AFP Porvenir S.A. retornar a la demandante junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, semanas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubiesen causado al Colpensiones; se **ordene** a Colpensiones recibirla y mantenerla como afiliada desde el 14 de octubre de 1986 sin solución de continuidad; se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fl.4 a 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 5 a 7), señaló en síntesis que nació el 28 de abril de 1955; que se afilió al régimen de prima media el 14 de octubre de 1986 donde permaneció hasta el 28 de febrero de 2002, acumulando 270 semanas; que el 31 de enero de 2002 los asesores de Porvenir S.A. se presentaron en su lugar de trabajo, recibiendo por parte de ellos un acoso sistemático ofreciéndole beneficios superiores a los que podría obtener en el ISS al momento de pensionarse, que la indujo

en engaño y error, viciando su consentimiento, aduciendo que los fondos privados tendrían mejores beneficios, le hablaron de una mayor rentabilidad y que el ISS desaparecería y nadie les iba a responder por la pensión y perderían todo lo cotizado, razón por la que aceptó trasladarse al RAIS; que a diciembre de 2018 tenía aportadas 829 semanas, que sumadas a la cotizadas al ISS arrojan un total de 1.099 semanas; que Porvenir S.A. le realizó una simulación de pensión, informándole que para la fecha en que cumpliera 57 años no tendría derecho a la pensión de vejez, sino a la devolución de aportes, que por el contrario en el régimen de prima media le correspondería una mesada pensional de \$2.089.702 equivalente al 63.69% del IBL calculado en los últimos 10 años; y que presentó reclamación ante COLPENSIONES y Protección S.A.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser ciertos los numerales 1, 12 y 13; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, e innominada o genérica (fls. 89 a 92).

PORVENIR S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser cierto el numeral 1, 10 y 11; no ser ciertos los numerales 3 a 9, 14 y 15; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (fls. 137 a 138).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de septiembre de 2020 (CD – fl. 216), **declaró** la ineficacia del traslado efectuado por la señora LEONOR SEPULVEDA CARVAJAL, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se **ordenó** a esa AFP a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; **condenó** a la AFP PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta permaneció afiliada en la AFP; **condenó** a Colpensiones a volver a afiliar a la señora LEONOR SEPULVEDA CARVAJAL al régimen de prima media con

prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a Porvenir S.A.; y **condenó** en costas a Porvenir S.A. señalando como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, sin costas a cargo de COLPENSIONES.

Fundamentó su decisión, el Juez empezó por señalar que como quiera que las pretensiones de la demanda se fundaron en una omisión al deber de información por parte de la AFP Porvenir al momento de su traslado en el año 2002, el caso debía analizarse desde la óptica de la ineficacia y no de la nulidad.

Haciendo referencia a las diferentes sentencias relacionadas con la ineficacia del traslado que ha proferido la CSJ Sala Laboral, indicó que la carga de demostrar que si informó a la afiliada de manera clara, completa, veraz y suficiente recaía sobre la AFP Porvenir S.A., entidad que se encontraba en la posición de demostrar el supuesto de hecho positivo, es decir que no hubo asimetría en la información.

Agregó que Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento del traslado de régimen de la demandante le suministró información clara, completa y comprensible sobre los beneficios y desventajas del cambio de régimen, o si le informó sobre los riesgos y efectos negativos de su decisión, pues recordó que conforme a la línea jurisprudencial que desarrolla la materia, 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; 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; una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Señaló que la firma del formulario de manera libre y voluntaria no significaba que la decisión hubiese estado precedida del cumplimiento por parte de la AFP del deber de información en los términos antes expuestos.

Finalmente, sostuvo que el hecho de que la demandante fuese una persona preparada profesionalmente en finanzas con estudios de posgrado y trabajadora del Ministerio de Trabajo no implicaba que conociera del sistema de previsión social, además que la Corte Suprema de Justicia ha descartado que a todas las personas sin distinción alguna se les debe suministrar la información en los términos ya indicados para que el traslado sea válido, y bajo ese entendido, al no encontrar demostrado que la AFP cumplió con su deber de información, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación indicando que la demandante es conocedora del sistema general de pensiones, pues indicó en su interrogatorio de parte que conocía el impacto de las pensiones en el mercado financiero y además describió detalladamente como eran administrados los aportes depositados en los fondos privados, que las cuentas de ahorro individual generaban rendimientos que se obtenían de operaciones en el mercado bursátil, financiero y mercantil.

Aduce que la demandante ha desarrollado cargos importantes en el Ministerio del Trabajo y como coordinadora de posgrados de contaduría, que tiene una especialización en gerencia financiera, por lo que no puede determinarse que es una afiliada lega y pretender que se declare la ineficacia por falta de información, cuando claramente conocía las características del sistema y lo que buscaba era mayores rendimientos para su cuenta de ahorro individual.

Argumenta que de acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados, porque ello contribuiría a descapitalizar el sistema.

PORVENIR S.A. también recurrió la decisión advirtiendo que la demandante no es una afiliada lega, toda vez que ella confeso que cuenta con estudios de posgrado que le permitía establecer para el 2002 las consecuencias que conllevaba dicho traslado de régimen pensional, pues ella conoce el funcionamiento y como se gestionan las cotizaciones en el RAIS. Argumenta que la demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS pues no realizó ninguna gestión encaminada a desconocer su afiliación.

Discurre que los gastos de administración están autorizados por la Ley y operan en ambos regímenes pensionales, porque que de haber permanecido la demandante en el régimen de prima media igualmente estos se le hubiesen descontado, y pretender su traslado es desconocer la buena gestión de administración que realizó esa AFP, pues como se puede observar los rendimientos son equivalente o similares al valor de las cotizaciones.

Alega que de ordenarse trasladar los gastos de administración con los rendimientos financiero constituiría a favor del Colpensiones y de la demandante un enriquecimiento sin causa. Y finalmente, frente a lo descantado para seguros previsionales arguye que la accionante durante toda la vinculación a esa AFP estuvo protegida de los riesgos de invalidez y muerte con la aseguradora que se contrato para ese fin, por ende, esos dineros fueron trasladados a dicha aseguradora

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PORVENIR S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de

2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, 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 para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora **LEONOR SEPÚLVEDA CARVAJAL** el 31 de enero de 2002 (fl.144), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., afiliación que fue efectiva a partir del 1° de marzo de 2002 (fl.142), aportó al régimen de prima media con prestación definida a través COLPENSIONES entre el 14 de octubre de 1986 y el 31 de diciembre de 2001 un total de 272,43 semanas (fl. 22 a 24).y al régimen de ahorro individual a fecha de corte enero de 2019 un total de 829 semanas, que sumadas arrojan un total de 1.099 semanas aportadas al sistema general de pensiones.

Conforme a ello, encuentra la Sala que el formulario de afiliación a la AFP demandada no cuenta con la firma de la demandante, pues tan solo tiene un sello que dice “Decreto 1642/95 art. 3” lo que indica que la demandante no seleccionó dicho régimen pensional de manera libre y voluntaria como lo alegan las demandadas, pues lo que en verdad ocurrió fue que el empleador en ese momento la Universidad Jorge Tadeo Lozano eligió por ella, trasladándola del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con el fin de cumplir con su obligación del pago de los aportes al sistema general de pensiones.

Lo anterior es corroborado con el interrogatorio de parte rendido por la demandante, quien informó que sí recibió una charla de una asesora de Porvenir S.A. en su lugar de trabajo en Sogamoso, pero que ella no firmó ningún formulario de afiliación, que

quien la traslado de fondo de pensiones fue su empleador la Universidad Jorge Tadeo Lozano al momento de la renovación del contrato el cual se hizo en Bogotá, y que la afilió sin su consentimiento. Por ende, en este caso no puede decirse que la accionante al momento de suscribir el formulario de afiliación dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea.

Ahora, si bien ella informó en su interrogatorio de parte que había recibido una charla grupal de una asesora de Porvenir S.A. en una campaña que estaba haciendo ese fondo en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, en la que de manera general informaron que el ISS se iba a acabar, y que trasladarse a ese fondo privado tendría algunos beneficios como por ejemplo pensionarse antes de la edad o con un monto mayor, ello no significa que la asesoría hubiese sido de manera completa, veraz, comprensible, y suficiente por parte de las Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba trasladarse de fondo, pues en su momento debieron informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenía que demostrar que tipo de información le brindó al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de que ella hubiese asistido a una charla de la AFP de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación de la accionante buscar a la entidad para que la ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicara sobre las diferencia de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP quien debió informarle desde momentos previos a su traslado como durante su permanencia; y no es cierto que la demandante se preocupó de su situación pensional solo para el momento del cambio jurisprudencial, sino que fue a raíz de dichos criterios que se dio cuenta de las omisiones de la AFP al momento del traslado del régimen, lo cual además pudo detallar cuando llegó a la edad para pensionarse.

Claro está que todos los asuntos relacionados con la solicitud de ineficacia de traslado por falta de información son distintos como lo resalta el recurrente, por ende, cada uno debe abordarse de manera diferente, sin embargo, deben ceñirse a los parámetros jurisprudenciales relacionados para el asunto, tal como se analizó por la *a quo*, de suerte que no es dable predicarse que su decisión se hizo de manera automática y si

bien la accionante en el año 2002 era coordinadora de posgrados de la facultad de economía de la UPTC y era ingeniera de sistemas con una especialización en gerencia financiera, tal situación tampoco implica que tuviera pleno conocimiento sobre las características del régimen de ahorro individual y sus diferencias con el régimen de prima media, pues téngase en cuenta que para el momento de su traslado se trataba de un régimen nuevo que ni siquiera sus propios asesores tenía pleno conocimiento del tema, por lo que estos simplemente se basaban en brindar la información respecto de los beneficios del sistema, dejando a un lado las desventajas del mismo, que claramente influían al momento del reconocimiento pensional.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020, SL 1467-2021, y SL 5680-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

*Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de **ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.***

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

En igual sentido se fijó en la sentencia CSJ SL5680-2021, en la puntualmente se estableció:

Tal como se expuso en casación y lo refirió el a quo, la consecuencia del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del acto de traslado, lo que implica que las partes deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. Dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se encontraba si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

*Por tal motivo, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades** (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL2877-2020), al igual que los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.*

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende la entidad accionada.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a

COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, como quiera que sus recursos de alzada no salieron avante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con

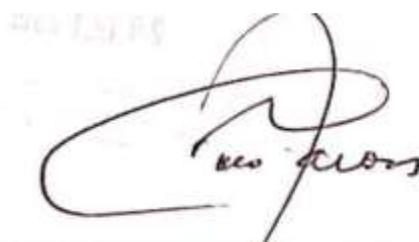
EXPEDIENTE No. 35 2019 00455 01

todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

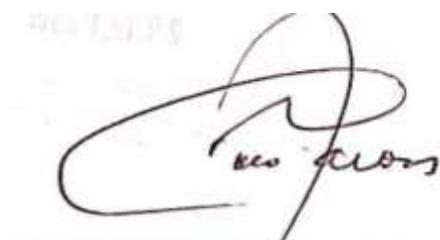


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$1.000.000 por cada una.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Luis Alfredo Barón Corredor". The signature is stylized and written over a faint, circular stamp or watermark.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ RUIZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la AFP PROTECCION S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ RUIZ**, se **declare** la nulidad del traslado y de la afiliación al fondo de pensiones y cesantías Protección; se **ordene** a Protección trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos a Colpensiones; se **condene** a Colpensiones a reconocerle y pagarle una pensión de vejez, por cumplir con los requisitos de semanas y edad, de manera retroactiva y con el pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre; se **calcule** el IBL con todo lo devengado durante el último año de relación laboral o durante los últimos 10 años según le resulte más favorable; se condene a la indexación de la primera mesada pensional, al pago del porcentaje por persona cargo y a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; se **condene** ultra y extra petita y al pago de costas, y agencias en derecho (fl. 55-56).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 56), señaló en síntesis que nació el 22 de agosto de 1945; que se afilió al régimen de prima media desde el 20 de agosto de 1968; que el 1° de abril de 1999 lo trasladaron al régimen de ahorro individual sin previa autorización, por lo que al solicitar información para regresar a Colpensiones, los asesores del fondo privado le comunicaron que le convenía más quedarse cotizando en ese fondo, por cuanto le permitía pensionarse a cualquier edad; que la

asesoría que le brindaron fue totalmente deficiente y engañosa por cuanto también le indicaron que los rendimientos de los fondos privados eran superior a cualquier otro fondo; y que a pesar de haber solicitado en varias oportunidades el traslado a Colpensiones, no ha sido posible, en principio porque debía transcurrir un tiempo entre traslados de régimen y posteriormente por razón de su edad, obligándolo a permanecer en esa AFP.

Refirió que era beneficiario del régimen de transición, que tiene más de 60 años de edad y 35 años de tiempo cotizado, por lo que tiene derecho a acceder a la pensión de vejez en el régimen común.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, que este se afilió al régimen de prima media el 20 de agosto de 1968 y que se trasladó de régimen el 1° de abril de 1999; frente a los demás indicó que no eran ciertos. Propuso como excepción previa la de falta de jurisdicción y competencia por ausencia del requisito del agotamiento de la reclamación administrativa; y como de fondo las de inexistencia de la obligación, error de hecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, e innominada o genérica (fls. 74-79).

El *a quo* mediante providencia del 18 de agosto de 2020 declaró no probada la excepción previa propuesta por Colpensiones (fl. 247-252).

PROTECCIÓN S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, y que se trasladó del RPM al RAIS administrado por Colmena hoy Protección mediante afiliación del 1° de febrero de 1999; frente a los demás indicó que no eran ciertos o que no le constaban. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, e innominada o genérica (fls. 128-129).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de septiembre de 2020 (CD – fl. 267), **declaró** la nulidad de la afiliación y traslado del

demandante al régimen de ahorro individual, realizada el 1 de febrero de 1999 a Protección S.A; **condenó** a la AFP Protección S.A., a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a COLPENSIONES, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante LUIS HERNANDO RODRIGUEZ RUIZ y que hubiere recibido producto de su afiliación a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración; **ordenó** a Colpensiones recibir los aportes del accionante en el régimen de prima media administrado por esa entidad, proceder a corregir y actualizar su historia laboral y tenerlo entre sus afiliados, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático; **absolvió** a Colpensiones del reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada por el demandante; **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada COLPENSIONES, respecto de la pensión de vejez; y **condenó** en costas a Protección S.A. fijando como agencias en derecho 2 SMMLV.

Fundamenta su decisión, la Juez haciendo referencia a las diferentes sentencias relacionadas con la ineficacia del traslado que ha proferido la CSJ Sala Laboral, consideró que la AFP Protección S.A. no presentó medio de prueba alguno con el propósito de acreditar el cumplimiento del deber de informar debidamente al afiliado sobre las consecuencias del traslado, pues únicamente aportó formulario de traslado, historia laboral, certificado Asofondos, reporte del estado de cuenta detallado, políticas para vincular personas naturales, y concepto de la Superintendencia financiera de Colombia, sin que sea suficiente la mera suscripción del formulario, pues ese era una expresión genérica que no probaba el deber de información adecuado y suficiente por parte de la AFP para predicarse válido el traslado de régimen del afiliado.

Señaló que la afiliación o cambio de régimen ocurrido el febrero de 1999 no fue libre y espontánea, en el sentido de brindarse una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, respecto de los beneficios y consecuencias que implicaba el traslado de régimen, de lo que podía concluir que esa afiliación fue nula, ya que al afiliado no se le dio una asesoría seria y profesional en los términos antes señalados de su expectativa pensional frente a los aspectos positivos y negativos con el fin de que pudiera tomar la decisión que más le convenía. En consecuencia, ordenó a la AFP demandada devolver a Colpensiones los aportes del demandante.

Acto seguido, entró a analizar si el accionante era beneficiario del régimen de transición, si le asistía derecho a la pensión de vejez y al incremento por persona a cargo.

Señaló que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 exigía para el caso del hombre que al 1° de abril de 1994 tuviera 40 años de edad o 15 años o más de servicios cotizados, que en el caso bajo examen el demandante nació el 22 de agosto de 1945, es decir, que a la fecha en que entró en vigencia la Ley 100, contaba con más de 40 años de edad, siendo evidente que para esa fecha era beneficiario del régimen de transición.

No obstante, expuso que el régimen de transición fue restringido con el Acto Legislativo 01 de 2005 al establecer que dicho régimen señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Arguyo que conforme el reporte de semanas cotizadas expedidas por Colpensiones y por la AFP Protección (que no fueron tachadas o desconocidas), el afiliado aportó entre el 20 de agosto de 1968 al 29 de julio de 2005 un total de 694.28 semanas, es decir que a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 no contaba con más de 750 semanas exigidas para conservar el régimen de transición, por ende, el despacho concluyó que el demandante perdió el régimen de transición.

Mencionó que entonces analizaría la pensión de vejez a la luz del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, norma que exigía 62 años para los hombres y un determinado número de semanas, que el actor al haber nacido el 22 de agosto de 1945 acreditó la edad el mismo día y mes del año 2007, y debía acreditar a esa fecha 1.100 semanas, sin embargo en la historia laboral de Colpensiones aparecen 629.71 y al RAIS 152.86 semanas que van a ser trasladadas a Colpensiones, y que sumadas arrojan un total de 784.71, por lo que el actor no acredita el mínimo de semanas exigidas al 2007 fecha en que cumplió la edad requerida para pensión, en consecuencia absolvió a Colpensiones del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por ende, no se estudió el incremento por persona a cargo.

RECURSO DE APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación únicamente frente a que se negó la pensión de vejez, teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición, porque conforme a las pruebas prestó servicio militar y este debe ser tenido en cuenta para consolidar el derecho a la pensión. Además, peticiona que se verifiquen las semanas cotizadas en el RAIS y sus rendimientos con el fin de que esos aportes sean contabilizados para efectos pensionales.

PROTECCION S.A. interpuso recurso de apelación de manera parcial frente a la devolución de los dineros descontados al afiliado por concepto de gastos de administración y primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, afirmando que la ley 100 de 1993, en su artículo 20 dispuso el pago de esos dos conceptos tanto para fondos privados como públicos.

Señala que conforme el artículo 1746 del CC se debe tener en cuenta que la AFP gracias a esos descuentos administró correctamente los aportes del demandante, pues a lo largo del tiempo tuvo unos rendimientos financieros de los cuales se está beneficiando, para la financiación de su pensión y no se puede de manera sesgada entrar a imponer una sanción que iría directamente con cargo al patrimonio de la AFP al devolver esos conceptos, de allí que proponga que se tome alguna de las siguiente soluciones: *i)* que se absuelva a Protección de la devolución de esos dineros; *ii)* que se condene a Protección a devolver ese dinero, pero sin los rendimientos financieros producidos; y *iii)* que se ordene una compensación, donde se reconozca a Protección los gastos de administración, descontándolos de los rendimientos financieros y así se compense la actividad desplegada por ese fondo.

Pretende que se tenga en cuenta que las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes ya fueron pagas a un tercero de buena fe, por lo que protección no esta en la facultad de adelantar un cobro, o repetición contra la aseguradora, porque desde que el señor Hernando se afilió estuvo cubierto por esos riesgos, y en ese entendido, es inadmisibile que se condene a la devolución de esos dineros.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación indicando que dentro del proceso no se acreditaron los vicios del consentimiento de que trata el artículo 1740 del CC, y tampoco una falta de información, pues del interrogatorio de parte el actor

confesó que recibió una asesoría hace muchos años y que no recuerda bien lo que le dijeron, lo que evidencia que no hubo falta de información por parte de Protección.

Indica que resulta inane el traslado de régimen pensional del actor en razón a que una vez analizadas las pruebas obrantes en el expediente se evidencia que este solo cuenta con 778.15 semanas, las cuales no le alcanzan para acceder al derecho pensional en el régimen de prima media, resultándole más favorable permanecer en el RAIS, porque allí se le devolverían los saldos, mientras que en Colpensiones se le hace entrega de una indemnización sustitutiva que podría ser bastante inferior a la prestación del RAIS.

Finalmente cita en extenso una decisión de este Tribunal Sala Laboral del Mg. Lorenzo Torres Russi de fecha 13 de agosto de 2020 donde se revocó la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen, por cuanto consideró que fue la demandante quien libre y voluntariamente eligió la forma de financiación de su pensión, sin que en ello interviniera Colpensiones, por ende, no debía reparar ningún hecho.

De manera subsidiaria solicitó que, en caso de no prosperar su recurso, se condicione el cumplimiento de la condena aquí impuesta a que Colpensiones reciba de la AFP los recursos que ella debe trasladar.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, de un lado, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP PORVENIR es **ineficaz** por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual; y de otro lado, si el actor cumple con los requisitos para acceder a una pensión de vejez en el régimen de prima media, en caso de ser así, establecer las condiciones en que debe pagarse.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás

aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, 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 para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ RUIZ nació el 22 de agosto de 1945 (fl. 14) por lo que a hoy cuenta con 76 años de edad; que él se afilió al ISS el 20 de agosto de 1968 en donde aportó de forma interrumpida hasta el 31 de marzo de 1999; y que se trasladó de régimen pensional al RAIS administrado por la AFP Colmena hoy Protección S.A. aportando de forma interrumpida desde el 1° de abril de 1999 hasta el 15 de agosto de 2009.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP demandada se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, máxime que él era beneficiario del régimen de transición en razón a su edad, pues en su momento debieron informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenía que demostrar que tipo de información le brindó al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su

conocimiento, tampoco era obligación del actor buscar a la entidad para que lo ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicara sobre las diferencias de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP quien debió informarle desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia.

Ahora, en cuanto a que el demandante no probó los vicios del consentimiento de que trata el artículo 1740 del CC, tal como lo afirmó la juez de primera instancia, en caso como el presente donde se pretende la nulidad del traslado de régimen pensional con fundamento en una omisión al deber de información por parte de la AFP, esta debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia del traslado y no desde la óptica de las nulidades (sentencia CSJ SL2001-2021), por ello no había lugar a verificar por parte del *a quo* si se demostró por parte del actor algún vicio en el consentimiento, pues lo correcto era exigir a Protección S.A. que demostrara que si había cumplido a cabalidad su obligación de brindar al señor Rodríguez Ruiz la información necesaria acerca de la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que él pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que exigía un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en especial que perdería el régimen de transición.

Advierte esta Sala, que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia no depende de una condición especial, sino de la omisión al deber de información que recae de forma estricta sobre los fondos privados de pensiones, por ello resulta irrelevante el argumento de que al actor le es más beneficioso quedarse en el RAIS y así acceder a la devolución de sus aportes, ya que, la ineficacia del traslado no depende de cual de los dos regímenes le sea más benéfico al actor tal como ya se indicó.

Así mismo, es oportuno dejar claro que esta Sala del Tribunal se acoge al precedente vertical respecto de la amplia línea jurisprudencial frente a la ineficacia del traslado de régimen, pues de acuerdo con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «*el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de*

organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020, SL 1467-2021, y SL 5680-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

*Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de **ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.***

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

En igual sentido se fijó en la sentencia CSJ SL5680-2021, en la puntualmente se estableció:

Tal como se expuso en casación y lo refirió el a quo, la consecuencia del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del acto de traslado, lo que implica que las partes deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. Dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se encontraba si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

*Por tal motivo, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades** (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJSL2877-2020), al igual que los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.*

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende la entidad accionada

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, 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 accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es

claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Pensión de vejez

Como quiera que no fue objeto de recurso la conclusión del *a quo* de que el demandante era beneficiario del régimen de transición en razón a su edad, esta Sala analizará si el actor cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Bajo esas circunstancias, para el reconocimiento de la pensión de vejez conforme el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, deben verificarse los siguientes supuestos fácticos: *i)* sesenta (60) años o más de edad si es hombre; y *ii)* un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Así, con el fin de establecer si el señor Rodríguez Ruiz cumple con los presupuestos exigidos, se procede a estudiar el material probatorio obrante en el expediente, así:

1.- Copia de la cedula de ciudadanía (f.º 14), donde se lee que el señor **LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ RUIZ** nació el 22 de agosto de 1945, concluyendo que llegó a los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2005.

2.- Que el actor cotizó al sistema general de pensiones entre el 22 de agosto de 1985 y el 22 de agosto de 2005, las siguientes semanas, de conformidad con: *i)* la historia laboral expedida por Colpensiones (f.º 52 y 82); y *ii)* el resumen historia laboral emitido por Protección S.A. (fl. 48-ss y 145-ss):

Periodo		Fondo de Pensiones	semanas cotizadas
Desde	Hasta		
9/08/1990	19/01/1993	ISS	127,86
1/12/1995	31/12/1995	ISS	4,14
1/02/1999	31/03/1999	ISS	8,57
1/04/1994	31/12/1999	Proteccion	34,29
1/09/2003	30/11/2003	Proteccion	12,86
1/02/2004	2/04/2004	Proteccion	8,86
total semanas			196,57

Es decir, que el señor **LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ RUIZ**, no cumple con el requisito de acreditar un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

En este punto es importante señalar que, si bien el demandante en su alzada manifiesta que prestó servicio militar y que ese tiempo debe ser tenido en cuenta para efectos pensionales, una vez verificado el expediente por parte de este Despacho no se encontró la prueba que acredite que ello fue así, ni el tiempo en que lo hizo, razón por la que no se cuantifico.

3.- Que el actor cotizó al sistema general de pensiones desde su afiliación hasta el 6 de junio de 2009, las siguientes semanas, de conformidad con: *i*) la historia laboral expedida por Colpensiones (f.º 52 y 82); y *ii*) el resumen historia laboral emitido por Protección S.A. (fl. 48-ss y 145-ss):

Periodo		Fondo de Pensiones	semanas cotizadas
Desde	Hasta		
20/08/1968	30/09/1969	ISS	58,14
1/10/1969	28/02/1970	ISS	21,57
1/03/1970	3/01/1978	ISS	409,43
9/08/1990	19/01/1993	ISS	127,86
1/12/1995	31/12/1995	ISS	4,14
1/02/1999	31/03/1999	ISS	8,57
1/04/1994	31/12/1999	Proteccion	34,29
1/09/2003	30/11/2003	Proteccion	12,86
1/02/2004	2/04/2004	Proteccion	8,86
1/02/2006	1/03/2006	Proteccion	4,43
1/06/2006	30/06/2006	Proteccion	4,29
1/10/2006	30/10/2006	Proteccion	4,29
1/01/2007	28/02/2007	Proteccion	8,57
1/04/2007	1/06/2007	Proteccion	8,71
1/12/2007	1/12/2007	Proteccion	0,14
1/06/2008	6/06/2009	Proteccion	52,29
total semanas			768,42

Es decir, que el señor **LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ RUIZ**, no cumple con el requisito de acreditar mil (1000) semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo, razón por la que, no tiene derecho a acceder a la pensión de vejez a la Luz del régimen de transición.

Ahora, el despacho analizará la prestación de vejez del actor conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la cual señala:

Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARÁGRAFO 1°. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta:

a. El número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones.

b. El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados.

[...]

Al verificar los requisitos exigidos se tiene que el señor LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ RUIZ, nació el 22 de agosto de 1945, concluyendo que llegó a los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2005; por lo que debía acreditar 1.050 semanas a esa data, las cuales no logra certificar, pues como se indicó anteriormente durante toda su vida laboral aportó solo 786,42 semanas, las que no son suficientes para acceder a la pensión de vejez pretendida.

En consecuencia, no queda otro camino que confirmar el numeral cuarto de la decisión recurrida en este aspecto.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, como quiera que sus recursos de alzada no salieron avante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

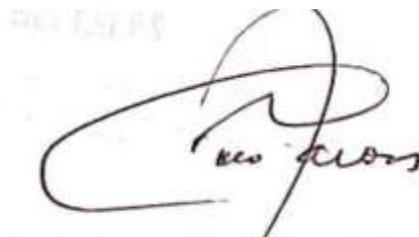
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

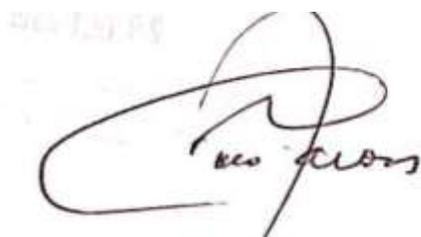


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PROTECCION y COLPENSIONES en la suma de \$1.000.000., cargo de cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular stamp or watermark.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado