



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado Ponente

**Proceso: 110013105006201400322-04**

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN  
EL PROCESO DE ACOSO LABORAL DE CENaida VARGAS BALCERO  
EN CONTRA DE CAR HYUNDAI S.A. HOY PROPIEDADES Z.F. SAS Y  
JOSÉ ANDRÉS BELTRÁN MOLINA**

En Bogotá D.C. a los veintinueve (29) días del mes de abril de dos mil veintidós (2022), día previamente señalado para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

**SENTENCIA**

Procede la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2020, por el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá<sup>1</sup>, en el proceso de la referencia.

**ANTECEDENTES**

La señora CENaida VARGAS BALCERO, por medio de apoderado judicial, promovió proceso de acoso laboral contra CAR HYUNDAI S.A. hoy PROPIEDADES Z.F. SAS, en procura de que sea condenada al pago del lucro cesante en la suma de \$29.115.775.00, daño emergente en la suma de \$10.000.000.00, los daños morales y psicológicos en la suma de \$32.055.600.00 y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones relató, en síntesis que, se vinculó con la empresa CAR HYUNDAI S.A. mediante contrato a término indefinido suscrito el 14 de diciembre de 1998 el cual se encontraba vigente para el momento en que se interpuso la actuación

---

<sup>1</sup> Acta de audiencia art. 80 CPT y SS, fls. 301 y 302 cd.

judicial; ha laborado más de 15 años con la empresa; pese a ser una empleada destacada e intachable empezó a sentir acoso laboral por parte de los directivos, señor José Andrés Beltrán Molina jefe administrativo, siendo víctima de maltrato a partir del año 2012, colocándose condiciones abusivas e ilegales, como presentarse con abogado titulado para ser atendida por el jefe inmediato, menospreciada, relegada, discriminada, ignorada, utilizando además todo tipo de expresiones lesivas verbales y no verbales que han lesionado su autoestima, dignidad humana, salud física y mental, siendo víctima de persecución laboral; el 2 de enero de 2014 salió a vacaciones forzadas ya que nunca las solicitó, a su regreso el 23 de enero de 2014 encontró que su puesto de trabajo había desaparecido aprovechando su ausencia y, en su lugar, había otra persona, todos sus elementos personales y del cargo se encontraban empacados en cajas de cartón, arrumados en el archivo de la empresa; ha sido atropellada e inducida a que presente la carta de renuncia en distintas ocasiones; el 6 de noviembre de 2012 hizo entrega al empleador del concepto laboral emitido por el programa de rehabilitación integral COLMENA por su enfermedad profesional de tendinitis de flexoextensores de antebrazos y otras de origen laboral, fecha en la que su jefe le solicitó renuncia al cargo; el 22 de noviembre de 2012 su jefe le ordenó presentarse con un abogado titulado para ser atendida, y al no contar con los recursos para ello, su jefe le solicitó renuncia al cargo; el 24 de enero de 2014 al regresar de vacaciones, su jefe le informó que su cargo había desaparecido y que debía renunciar a la empresa alegando una reestructuración; el 19 de marzo de 2014 se le solicitó nuevamente presentarse con abogado el cual fue contratado, sin embargo, no fue atendida y nuevamente se solicitó la renuncia; el 27 de marzo de 2014, mediante derecho de petición, solicitó una cita con su jefe inmediato la cual fue enviada por correo certificado, obteniendo respuesta negativa el 14 de abril cuando se le solicitó la renuncia; el 4 de abril de 2014 nuevamente remitió petición por correo certificado para que su jefe la atendiera, obteniendo respuesta negativa y rechazo; la solicitud de renuncia es permanente faltando al respeto, por lo que ha sido víctima de discriminación laboral; se ha desempeñado en los cargos de auxiliar de personal, asistente de personal, analista de contratación, analista de talento humano, entre otros, siendo propuesta por sus jefes inmediatos para ser ascendida como jefe de personal o coordinadora de contratación; ha sido víctima de entorpecimiento laboral; se han desconocido emolumentos salariales y dicha situación ha empeorado su estado de salud. (Fls. 4-16)

## **CONTESTACIÓN**

Notificada en legal forma, la demandada dio contestación al libelo demandatorio mediante escrito obrante de folios 213 a 217, en el que se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, negó la mayoría de los hechos y no propuso

excepciones. En su defensa indicó que la demandante elevó una queja ante el Ministerio del Trabajo, viene presentando quebrantos de salud desde el año 2012 originarios de enfermedades dictaminadas unas de origen común otras de origen laboral, siendo su recomendación médica la de disminuir la carga laboral y los tiempos de trabajo, lo que obligó a la entidad a reestructurar y ubicar el puesto de trabajo, asunto que calificó de acoso laboral, rechazando toda modificación a las funciones y a la ubicación del puesto de trabajo, precisando que departe de la empresa y sus funcionarios no existe una actitud en su contra, no incurriendo en ninguna de las conductas consagradas en la Ley 1010 de 2006.

De otro lado, el demandado José Andrés Beltrán Molina al ser vinculado dio respuesta a la demanda a folios 224 a 227 quien también se opuso a todas las pretensiones formuladas en la demanda, reiteró los argumentos expuestos por la demandada Car Hyundai S.A., y tampoco propuso excepciones.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante providencia emitida el día 23 de noviembre de 2020<sup>2</sup>, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver a los demandados fundamentó su decisión en que las conductas endilgadas como acoso laboral ante la falta de aumento salarial en el año 2014 o la falta de pago de bonificación por cumplimiento de 15 años de servicio no prueban la discriminación o la existencia de los beneficios declarados, tampoco existe prueba de la discriminación realizada por el empleador a la demandante respecto de otros trabajadores, por lo que los hechos alegados no constituyen ninguna situación de acoso laboral, en el escrito de la demanda de forma genérica se hace referencia a calificativos genéricos, pero no circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar, además respecto al cambio de cargo o puesto de trabajo este se dio por recomendaciones médicas, situación acreditada dentro del proceso, y por tanto no existieron actos constitutivos de acoso laboral.

### **DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación al considerar que efectivamente se verificó un acoso laboral por parte de los llamados a juicio, dado que existen las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se colocaron en conocimiento desde el escrito de la demanda en los hechos 4 y 5, en particular, la desaparición del puesto de trabajo después de unas vacaciones y la exigencia de su jefe inmediato de

---

<sup>2</sup> Folio 301 y 302.

contar con un abogado para atenderla, así mismo, en cuanto al tema salarial, si bien no es lo que pretende, lo cierto es que constituye otra situación para establecer la iniquidad y la persecución laboral, habiéndose incurrido en una indebida valoración probatoria al dársele credibilidad a las pruebas de los demandados sin tener en cuenta las conductas que realizaron en su contra. Adicionalmente, el Juez incumplió con sus deberes consagrados en el artículo 42 del C.G.P., violando las normas laborales, constitucionales e internacionales sobre el derecho al trabajo, al pasar más de 6 años para que vinculara al acosador cuando se lo ordenó el Superior.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido, la parte actora, a través de su apoderado, insistió en la revocatoria de la sentencia de primera instancia, reprochando además del actuar de la funcionaria de conocimiento en la celebración de las audiencias la valoración que dio a las pruebas, sobre todo en lo concerniente a la posición dominante tanto de la empresa como del Jefe directo. Entre tanto, la parte demandada precisó que dicha sociedad siempre veló por el acompañamiento y el mejoramiento de la situación laboral de la señora CENaida debido a sus percances de salud, no habiendo prueba alguna que demuestra algún tipo de discriminación o persecución laboral en su contra, sin que tuviera un derecho adquirido para ocupar el cargo de Jefe de Personal.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

En atención al alcance del recurso de apelación, el problema jurídico se contrae a determinar si efectivamente la demandante fue objeto de acoso laboral por parte de los demandados CAR HYUNDAI S.A. y José Andrés Beltrán Molina, y en caso afirmativo hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, con especial énfasis en la valoración probatoria de las conductas de acoso descritas en el libelo genitor. En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

### **DEL ACOSO LABORAL**

Previo a entrar a resolver el problema jurídico planteado en el asunto *sub judice*, es pertinente señalar que si bien es cierto las personas jurídicas no están incluidas como sujetos activos de acoso laboral,

según lo dispuesto por el art.6° de la Ley 1010 de 2006<sup>3</sup>, no menos cierto es, que las mismas no puedan ser extremos pasivos en esta clase de procesos ante la jurisdicción laboral pues solo basta con señalar que las empresas están obligadas a: (i) crear mecanismos de prevención, verificación y corrección de conductas de acoso laboral, (ii) conformar un Comité de Convivencia laboral que administre estos mecanismos y promueva un buen clima organizacional, (iii) implementar un procedimiento para que el Comité de Convivencia conozca las quejas de acoso laboral, las evalúe, verifique y gestione, y (iv) actualizar el Reglamento de Trabajo, incorporando en su contenido la existencia de todo lo anterior.

De allí se desprende que el empleador tiene la responsabilidad de prevenir y atender los eventuales casos de acoso laboral reportados por sus empleados.

Ahora, indica el recurrente único en la sustentación de su recurso, que las actuaciones que deben ser analizadas son: *“la desaparición del puesto de trabajo de la demandante después de unas vacaciones o de la exigencia de su jefe inmediato de contar con un abogado para atenderla y en cuanto al tema salarial”*, como conductas constitutivas de acoso laboral -de la cual fue objeto la demandante a su juicio-, por lo que debe verificarse por parte de esta Sala la ocurrencia de las mismas.

En ese orden de ideas, a fin de determinar si efectivamente las acciones acusadas son constitutivas de acoso, debemos recordar que tal conducta ha sido definida como *“[...] toda situación o conducta que, por su reiteración en el tiempo, por su carácter degradante de las condiciones de trabajo y por la hostilidad e intimidación del ambiente laboral que genera, tiene por finalidad o como resultado atentar o poner en peligro la integridad del trabajador”* o el comportamiento *“[...] pluriofensivo de derechos fundamentales y está conformado por hostigamientos sistemáticos y reiterados [...] contra uno o más trabajadores que atentan contra su dignidad o salud y afectan sus condiciones u oportunidades de empleo u ocupación<sup>4</sup>”*.

---

3 ARTÍCULO 6o. SUJETOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY. Pueden ser sujetos activos o autores del acoso laboral:

– La persona natural que se desempeñe como gerente, jefe, director, supervisor o cualquier otra posición de dirección y mando en una empresa u organización en la cual haya relaciones laborales regidas por el Código Sustantivo del Trabajo; – La persona natural que se desempeñe como superior jerárquico o tenga la calidad de jefe de una dependencia estatal; – La persona natural que se desempeñe como trabajador o empleado. Son sujetos pasivos o víctimas del acoso laboral; – Los trabajadores o empleados vinculados a una relación laboral de trabajo en el sector privado; – Los servidores públicos, tanto empleados públicos como trabajadores oficiales y servidores con régimen especial que se desempeñen en una dependencia pública;

Los jefes inmediatos cuando el acoso provenga de sus subalternos. Son sujetos partícipes del acoso laboral:

– La persona natural que como empleador promueva, induzca o favorezca el acoso laboral; – La persona natural que omita cumplir los requerimientos o amonestaciones que se profieran por los Inspectores de Trabajo en los términos de la presente ley.

4 SL194-2021 Radicación n.º 76590

Definición que se encuentra acompañada con el art. 2° de la Ley 1010 de 2006, cuando en lo pertinente reza:

*“ARTÍCULO 2. Definición y modalidades de acoso laboral. Para efectos de la presente ley se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo.*

*En el contexto del inciso primero de este artículo, el acoso laboral puede darse, entre otras, bajo las siguientes modalidades generales:*

*1. Maltrato laboral. Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.*

*2. Persecución laboral: toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.*

*3. Discriminación laboral: (Modificado por el art. 74, Ley 1622 de 2013), todo trato diferenciado por razones de raza, género, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social o que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.*

*4. Entorpecimiento laboral: toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos.*

*5. Inequidad laboral: Asignación de funciones a menosprecio del trabajador.*

*6. Desprotección laboral: Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador.”*

Así pues, estamos en presencia de la conducta de acoso laboral cuando:  
(i) acredita una conducta, por acción o por omisión; (ii) con carácter persistente y demostrable; (iii) que se presente en el contexto de una

relación laboral; y, (iv) que exista la intención de generar miedo, intimidación, terror o angustia, causar un perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir a la renuncia del afectado.

De tal suerte, una vez analizado el material probatorio que milita en el informativo en todo su conjunto, la Sala encuentra que no se configuró la conducta de acoso laboral alegada por la demandante, en la medida que no se hallaron acreditados los actos de discriminación por ella aducidos.

En efecto, aun cuando de folios 25 a 28 del plenario constan la liquidación de vacaciones, comprobantes de pago de beneficios y emolumentos devengados por la demandante para el año 2014, lo cierto es que tales documentales resultan insuficientes para dar credibilidad al dicho de la recurrente respecto a la inequidad laboral, ante la ausencia de prueba que dé cuenta del monto que por tales conceptos venía devengando en la anualidad anterior, como para así poder establecer la mengua por ella sufrida, esto es, no existe punto de cotejo que permita establecer la diferenciación en el pago entre una y otra anualidad, al punto que no se allegaron desprendibles de nómina anteriores, amén de que tampoco existe documento en el que conste el derecho a la bonificación especial por cumplir 15 años de servicios, que ahora reclama, por manera que si bien no persigue dichos emolumentos con esta acción, lo cierto es que sí debía acreditar que tenía derecho a ellos a fin de soportar la persecución laboral que asegura se consolidó con tales omisiones.

Entre tanto, con la documental que reposa a folio 30 contentiva del derecho de petición de fecha 27 de marzo de 2014 suscrito por la demandante y dirigido al señor José Andrés Beltrán Molina Gerente Administrativo de CAR HYUNDAI S.A., en la que solicita una cita con el fin de dialogar y aclarar irregularidades y situaciones laborales, de lo único de lo que da cuenta es que la demandada le dio respuesta el 14 de abril de 2014 (fl. 32), informándole que no podía acceder a la cita pretendida por cuanto la persona encargada estaba fuera de la ciudad, y en todo caso desconociendo las manifestaciones allí realizadas, por tratarse de apreciaciones sin fundamento y de carácter personal, de ahí que la sola respuesta negativa desde ningún punto de vista comporte para la encartada un mal trato y menos aún se constituya como un acto de persecución laboral.

A su vez, el derecho de petición suscrito por la demandante y dirigido al vicepresidente administrativo de la demandada CAR HYUNDAI S.A. en la que pretende una cita para exponer ciertas situaciones laborales de la relación con su jefe inmediato vista a folio 34, si bien es una situación que resulta extraña por cuanto allí aduce que fue requerida para que acudiera a la oficina acompañada por abogado titulado, lo cierto es que además de ser una afirmación carente de soporte probatorio, no se

encuentra ajustada a los parámetros establecidos en la ley para darle la connotación de una conducta de acoso laboral.

Ahora bien, a folios 91 a 94 del plenario se observa acta de seguimiento reunión comité de convivencia laboral de fecha 19 de mayo de 2014, el cual se constituyó para escuchar la versión de la señora Cenaida Vargas sobre los hechos acerca de la denuncia del presunto acoso laboral entablada en contra del Señor Andrés Beltrán, no obstante, causa especial extrañeza para esta Sala que no hubiera sido ella directamente sino su apoderado quien indicara como presunto acosador a su jefe inmediato pues es evidente que la versión brindada por éste no se encontró precedida de la vivencia de los situaciones alegadas, sino de lo que la trabajadora le pudo haber contado, correspondiéndole sólo a ella, en esa particular actuación, exponer los detalles de lo realmente sucedido, en especial de las actuaciones que consideraba eran acoso laboral ya que cada percepción es distinta, sin perjuicio de lo cual se tiene de dicha actuación que los reclamos elevados por la trabajadora fueron recibidos por el comité, de donde se tiene por demostrado que la demandada impartió a su inconformidad el trámite correspondiente, con independencia de que no le fuera favorable a sus intereses.

Últimamente, las recomendaciones expedidas por la EPS SALUDCOOP y los correspondientes seguimientos a las mismas que militan a folios 101 a 109 del plenario, dejan en evidencia el esfuerzo de la sociedad demandada por cumplirlas en favor de la demandante, aun cuando ésta no las aceptara.

Así las cosas, es claro que la señora CENaida VARGAS exteriorizo su inconformismo con las nuevas condiciones contractuales presentadas por la pasiva –al punto de no aceptar las modificaciones a sus funciones en virtud del seguimiento a las recomendaciones médicas-, e inclusive presentó el 24 de febrero de 2016, esto es, con posterioridad a la ocurrencia del despido, una queja ante el Ministerio del Trabajo (Fls. 229 al 230), desconociendo con tal proceder que la terminación del contrato por parte de la empleadora, justamente estuvo soportada en su actuar renuente y omisivo para seguir las recomendaciones médicas, desestimando con tal proceder la adecuación realizada por dicha sociedad en procura de acatar las mencionadas recomendaciones médicas al punto de ajustar sus directrices y cargos en procura del bienestar de su trabajadora en el ambiente laboral, tal y como se desprende de los documentos obrantes a folios 97 y 98 donde se ven reflejados los requerimientos que la empresa Car Hyundai S.A. le hizo al señor José Andrés Beltrán en calidad de jefe inmediato de la demandante y quien en la presente actuación actúa como demandado.

En tal orden de ideas, mal puede interpretarse la terminación del vínculo laboral como una retaliación contra la recurrente, pues Ocon antelación a dicha terminación no se configuraron las conductas que

constituyen acoso laboral consagradas en el artículo 7 de la Ley 1010 de 2006<sup>5</sup>.

En conclusión, en el presente asunto no se demostró la existencia de la conducta atribuida a la demandada, por lo que no posible acceder a las pretensiones, máxime si se tiene en cuenta que los perjuicios debían ser demostrados, pruebas que también brillan por su ausencia.

De otra parte, en cuanto al reproche que efectúa la censura a las actuaciones realizadas por la A quo sobre la vinculación del demandado José Andrés Beltrán Molina, dado que dicha situación fue estudiada de forma antecedente por esta Corporación en providencia del 20 de abril de 2018, no hay lugar a realizar más pronunciamientos al respecto.

Corolario de lo hasta aquí reflexionado se confirmará la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2020, por el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.,

Costas de esta instancia a cargo de la parte demandante, ante el resultado desfavorable de su recurso. Las de primera instancia se confirman.

---

**5ARTÍCULO 7o. CONDUCTAS QUE CONSTITUYEN ACOSO LABORAL.** Se presumirá que hay acoso laboral si se acredita la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las siguientes conductas:

a) Los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias; b) Las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social; c) Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo; d) Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo; e) Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios; f) La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo; g) las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público; h) La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona; i) La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa; j) La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados; k) El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales; l) La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor; m) La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos; n) El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social.

En los demás casos no enumerados en este artículo, la autoridad competente valorará, según las circunstancias del caso y la gravedad de las conductas denunciadas, la ocurrencia del acoso laboral descrito en el artículo 2o.

Excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral. La autoridad competente apreciará tal circunstancia, según la gravedad de la conducta denunciada y su capacidad de ofender por sí sola la dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales.

Cuando las conductas descritas en este artículo tengan ocurrencias en privado, deberán ser demostradas por los medios de prueba reconocidos en la ley procesal civil.

## **OTRAS DETERMINACIONES**

En cuanto a los reproches que eleva el apoderado de la parte actora en el escrito de alegatos contra la Juez de Conocimiento, en particular a las decisiones por ella adoptadas como Directora del proceso en el curso de las audiencias, por supuesto que cuenta con la posibilidad de acudir directamente ante las autoridades que estime competentes, no advirtiendo la Sala motivo para acceder a su solicitud de compulsar copias y menos aún a escucharla en interrogatorio de parte o versión libre, por no ser este el escenario para debatir su conducta como tampoco este Colegiado la autoridad llamada a resolver tal clase de conflictos.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2020, por el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá., dentro del proceso de Acoso Laboral promovido por CENaida VARGAS BALCERO en contra de CAR HYUNDAI S.A. hoy PROPIEDADES Z.F. SAS y JOSÉ ANDRÉS BELTRÁN MOLINA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, dado que no se probó la existencia de un acoso laboral.

**SEGUNDO: COSTAS** de esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse en ellas como agencias en derecho la suma de \$300.000.00 para cada uno de los demandados. Las de primera instancia se confirman.

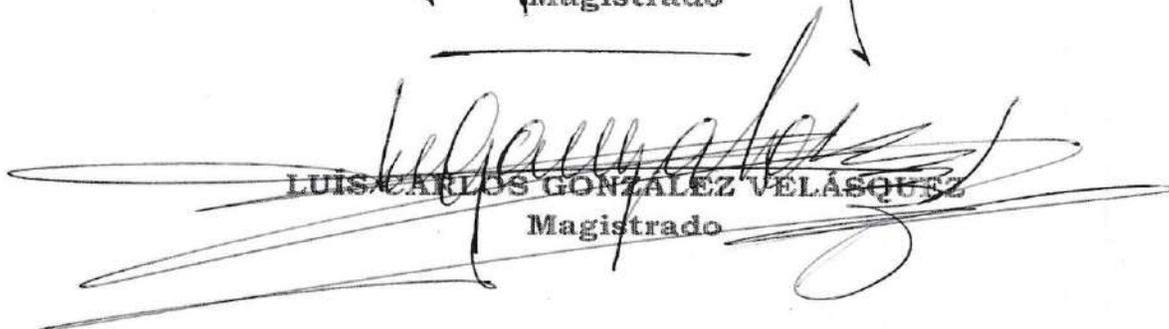
**TERCERO:** En cuanto a los reproches que eleva el apoderado de la parte actora en el escrito de alegatos contra la Juez de Conocimiento, en particular a las decisiones por ella adoptadas como Directora del proceso en el curso de las audiencias, por supuesto que cuenta con la posibilidad de acudir directamente ante las autoridades que estime competentes, no advirtiendo la Sala motivo para acceder a su solicitud de compulsar copias y, menos aún, de escucharla en interrogatorio de parte o versión libre, por no ser este el escenario para debatir su conducta como tampoco este Colegiado la autoridad llamada a resolver tal clase de conflictos.

Notifíquese y cúmplase,

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GANTÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA  
TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**  
**Expediente: Rad. 110013105004201900434-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de abril de 2022 fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

**SENTENCIA**

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 30 de junio de 2020 por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ESPERANZA PINILLOS CLAVIJO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS y como apoderada sustituta a la Dra. MARIA ALEJANDRA BARRAGÁN COAVA en los términos del poder otorgado obrante a folio 294.

**ANTECEDENTES**

ESPERANZA PINILLO CLAVIJO, pretende que se declare la nulidad del traslado efectuado el 29 de junio de 2000 con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S. A y la del 13 de noviembre de 2008 con la AFP PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE hoy PORVENIR S. A toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz,

completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensiones, en especial de la situación personal y concreta, como consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior, se ordene a COLPENSIONES a tener entre sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado, costas y agencias en derecho, lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por COLFONDOS S. A PENSIONES Y CESANTÍAS, en el momento del traslado el asesor comercial de la AFP no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgan tanto en el sistema del RPMPD como en el RAIS, la AFP no realizó un estudio de la situación particular sino que se le ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al trasladarse de régimen, se trasladó de la AFP COLFONDOS S. A PENSIONES Y CESANTÍAS a HORIZONTE hoy PORVENIR S. A, nació el 10 de febrero de 1957, las AFP tienen la carga de la prueba para demostrar que cumplieron con el deber de información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, la AFP PORVENIR S. A realizó una simulación pensional en donde sí cotizaba el 100% del tiempo o sin volver a cotizar a la edad de 61 años su mesada pensional sería de \$781.242, realizando una simulación en el RPMPD sería de \$2.941.321, razón por la cual elevó solicitud ante COLPENSIONES. (fls 2-8)

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificadas en forma legal las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y negando o manifestando no constarle la mayoría de los hechos salvo los relacionados con su afiliación al ISS y a COLFONDOS S. A PENSIONES Y CESANTÍAS, la edad y el agotamiento de la reclamación administrativa ante COLPENSIONES con su respectiva respuesta

**COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencias de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S. A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago. (fls 78-89)

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** propuso las excepciones que denominó como 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 adiciona el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el conocimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica. (fls 93-105)

**LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fls 144-163)

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 30 de junio de 2020, el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS administrado por COLFONDOS S. A PENSIONES Y CESANTÍAS para tenerla como válidamente afiliada a COLPENSIONES, se condenó a PORVENIR S. A a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración correspondientes, se ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado al RPMPD, se condenó en costas a COLFONDOS S. A PENSIONES Y CESANTÍAS se fijó como agencias en derecho la suma de un SMLMV.

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de acuerdo a las siguientes razones:

**LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, considera que este tipo de procesos requiere un análisis particular, ya que frente a los traslados que realizó en el RAIS suscribió los formularios de afiliación, no puede exigirse un medio probatorio porque para el momento del traslado no era lo que la ley exigía a las AFPs incluso las exigencias al ISS eran las mismas, por lo que formulario de afiliación es lo único que puede acreditar como tal la voluntad del afiliado, asimismo en el interrogatorio menciona que conocía la prohibición legal que se encontraba inmersa porque su voluntad principal era retornar al ISS, en ese sentido ratificó su decisión de permanecer en el RAIS, caso diferente a lo que ha referido la Corte respecto a la ratificación de la voluntad del afiliado de trasladarse de manera horizontal, fue ella quien se acercó a un asesor de HORIZONTE y suscribió el formulario ratificando su intención de permanecer en el RAIS saneando el acto jurídico, por último, no podría condenarse a una devolución de gastos de administración en el sentido que no existe el

acto jurídico realmente esos cobros nunca se realizaron esto conlleva a un enriquecimiento sin causa.

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**, teniendo en cuenta que guardó silencio por más de 19 años respecto a la información que le fue otorgada el 29 de julio de 2000 por parte de la AFP COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, lo que permite denotar por parte de la misma un abandono frente a su asunto pensional tal y como puede verificarse en el interrogatorio de parte absuelto por la misma donde se evidencia que no fue coaccionada y que dicho traslado fue de manera libre y voluntaria, el cual fue ratificado dado el traslado horizontal efectuado con posterioridad a la AFP PORVENIR S.A, recae también un deber de diligencia y cuidado, finalmente, afectaría el principio de sostenibilidad financiera.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido PORVENIR S.A y COLPENSIONES solicitan que se revoque el fallo de primera instancia, insistiendo en que no se observó ningún vicio en el consentimiento, habiendo recibido la actora toda la información necesaria la cual se evidencio con la suscripción del formulario de afiliación, asimismo no hizo uso de su derecho de retracto sino decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria, por lo que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones. Por último, consideran que al declarar la ineficacia del traslado afectaría la sostenibilidad financiera del RPMPD. Por otro lado, el apoderado de la parte actora, solicita que se confirme el fallo de primera instancia, argumentando que no le suministraron información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios diferentes, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, además que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

### **CONSIDERACIONES**

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si tanto el formulario de afiliación y el interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si con ello se debió tener por

probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iii)** si la permanencia en el RAIS y el traslado entre fondos sanea la nulidad del traslado de régimen, **iv)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso".** (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

***“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

***En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.”*** (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que a folio 12 obra copia del certificado de afiliación expedido por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS diligenciado el 29 de junio de 2000 con efectividad a partir del 1º de agosto de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 164, que da cuenta que la demandante si se encontraba vinculado a esta AFP, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte, contrario a lo manifestado por la censura, dijo que las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación manifestó, que en junio de 2000 llegó a su oficina un asesor de COLFONDOS S.A y en ese momento los abordó personalmente y le dijo que el ISS se iba acabar y le ofreció los servicios de dicha AFP argumentando que se podía pensionar más joven con una mesada pensional igual o superior que la del ISS en ese entonces, la asesoría duró alrededor de unos 15 minutos, su traslado a HORIZONTE lo realizó porque la oficina de COLFONDOS S.A estaba ubicada en la ciudad de Sincelejo cerro y para hacer cualquier trámite o diligencia se tenía que trasladar lejos, no sabe en qué año el ISS se convirtió en COLPENSIONES.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora ESPERANZA PINILLOS CLAVIJO asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo

con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A el 29 de junio de 2000 con efectividad a partir del 1° de agosto de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS desde el año 2000 genere la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014); reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de PORVENIR S.A.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A, sanee la nulidad de la afiliación inicial, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el*

*deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

### **DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL RPMPD**

Aduce COLPENSIONES que no debió ordenarse aceptar o recibir la devolución que le realice el fondo privado con ocasión de la declaratoria de nulidad del traslado por cuanto tal situación afectaría el equilibrio financiero del RPMPD.

En tal sentido, basta indicar que en oposición a lo manifestado por el recurrente, ninguna lesión al principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones se genera con la determinación del A quo, habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí los recursos que debe reintegrar COLFONDOS S.A a COLPENSIONES sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

### **COSTAS**

Se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes ante el resultado desfavorable de su recurso. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

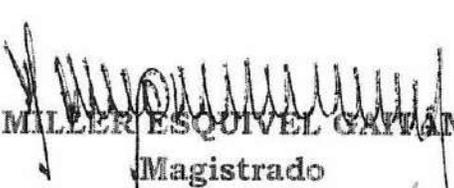
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 30 de junio de 2020 por el Juzgado CUARTO Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la acción promovida por ESPERANZA PINILLOS CLAVIJO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

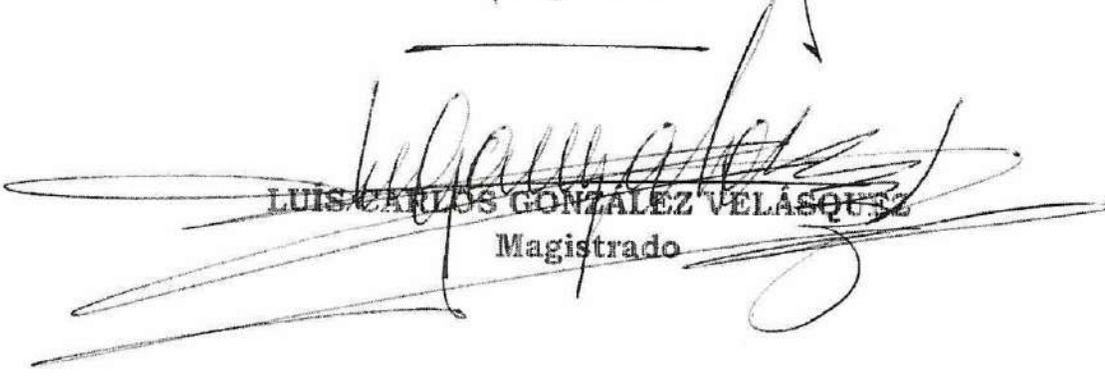
**SEGUNDO: CONDENAR** en COSTAS de esta instancia a las demandadas la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES– y PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$1.000.000.00 para cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAITÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**

**Expediente: Rad. 110013105032201900473-01**

En Bogotá D.C., hoy Veintinueve (29) de abril de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

**SENTENCIA**

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 13 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **SILVIA PATRICIA GÓMEZ TRUJILLO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

**ANTECEDENTES**

SILVIA PATRICIA GÓMEZ TRUJILLO, pretende que se declare la nulidad del traslado efectuado el día 25 de noviembre de 1998 con la administradora PROTECCIÓN S.A toda vez que en la etapa precontractual no se le brinde información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones en especial de la situación pensional y concreta, como consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior, se ordene a COLPENSIONES a tener entre sus afiliados en el RPMPD como si nunca se hubiera

trasladado en virtud del regreso automático, pago de costas y agencias en derecho, lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que se trasladó del ISS a PROTECCIÓN S.A el día 25 de noviembre de 1998, en el momento del traslado el asesor de la AFP no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas del RPMPD y del RAIS en especial no le hizo un estudio de su situación particular sino que se le ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener al cambiar de régimen pensional, nació el 22 de diciembre de 1961, PROTECCION S.A le realizó una simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado cotizando el 100% del tiempo arrojando como resultado el valor de \$963.865 y sin volver a cotizar su mesada pensional sería de \$961.116, en el RPMPD administrado por COLPENSIONES su mesada pensional para el año 2018 sería de \$2.302.046, comparando las simulaciones se puede evidenciar que es superior en el RPMPD que en el RAIS, desde el 22 de julio de 1980 hasta el 30 de julio de 2018 tiene 1357 semanas cotizadas, razón por la cual ha agotado la reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando la nulidad del traslado y hasta el momento no se ha pronunciado. (fls 2-8)

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron constarle, salvo los relacionados con que se traslado al ISS, la edad, la simulación pensional realizada por PROTECCIÓN S.A.

#### **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción y la genérica. (fls 62- 74)

#### **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**

propuso las excepciones 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, la genérica, inexistencia de la obligación de devolver el 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. (fls 80-88)

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 13 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas, declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado a través de la AFP PROTECCIÓN S.A con fecha del 22 de noviembre de 1998, ordenó a esta última entidad a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y el bono pensional si a ello hubiese lugar, se condenó a COLPENSIONES a recibir como afiliada al RPMPD sin solución de continuidad y en mismas condiciones en que se encontraba antes del traslado de régimen que se declara ineficaz, se condenó en costas a PROTECCIÓN S.A liquidese por secretaría ordenándose integrar en ellas como agencias el equivalente a la suma de 3 SMLMV sin costas respecto de COLPENSIONES.

## **RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación con base en los siguientes argumentos:

**LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A,** solicita que se revoque de manera parcial el fallo de primera instancia frente a la condena de trasladar a COLPENSIONES los gastos incluyendo la parte del seguro provisional por el tiempo que ha estado afiliada con base en los siguiente argumentos: como primer punto la comisión de administración son descuentos autorizados por la ley en donde faculta o autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones, donde se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima del seguro previsional y opera en ambos regímenes, como consecuencia del traslado se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, se debe tener en cuenta que los efectos de la declaratoria de nulidad y de la ineficacia pronunciada en sentencia que tiene la fuerza, por último, la AFP de manera diligente, oportuna y su asesoría estuvo conforme a las normas vigentes de la época del traslado, con esta re asesoría hubo un acompañamiento y siempre cumplió con la oportunidad de dar la información.

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia ya que se debe tener en cuenta el principio de relatividad jurídica pues los efectos de los negocios jurídicos son interpartes por lo que el ISS fue un tercero ajeno que no puede verse perjudicado por tal decisión, asimismo se

afectaría el principio de sostenibilidad financiera en atención a regreso al régimen después de 23 años.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido por el apoderado de la parte actora solicita que se confirme el fallo de primera instancia toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta, asimismo las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen la carga de la prueba, lo cual determina que está en cabeza de las mismas el deber de demostrar que cumplieron con la obligación de brindar información clara, veraz y oportuna sobre todo lo que acarrea el cambio de Régimen Pensional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

### **CONSIDERACIONES**

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si lo procedente era declarar la ineficacia del traslado y no la nulidad, **iii)** si la permanencia en el RAIS sana la nulidad del traslado de régimen, **iv)** Si PROTECCIÓN S.A está obligada a trasladar a COLPENSIONES además del capital y los rendimientos los gastos de administración, **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno

de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.*  
(Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al

momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin***

**último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»**

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 89 obra la solicitud de vinculación y traslado de Régimen de Prima Media a PROTECCIÓN S.A diligenciado el 25 de noviembre de 1998 con fecha de efectividad del 1° de enero de 1999, él que una vez cotejado con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS que consta a folio 114, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PROTECCIÓN S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora SILVIA PATRICIA GOMEZ TRUJILLO asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del

artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, dando lugar, inclusive a la devolución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PROTECCIÓN S.A el 25 de noviembre de 1998 con efectividad a partir del 1° de enero de 1999 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

En la misma orientación, frente a los reparos que eleva la parte recurrente respecto a los presuntos yerros cometidos en primera instancia al declarar la ineficacia del traslado cuando lo pretendido fue la nulidad, así como al ordenar trasladar los gastos de administración como consecuencia de dicha declaratoria, ha de indicarse que no le asiste razón, en la medida que, para efectos prácticos, las consecuencias de ambas figuras jurídicas son las mismas.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el *sub examine* se considere que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil,

Bajo tal entendido, aun cuando en términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993<sup>1</sup>, lo propio es tener por ineficaz el traslado de régimen, no se incurre en error cuando se acude a la declaratoria de la nulidad, ya que una y otra aparejan como consecuencia que dentro de los dineros que se ordena devolver, sin lugar equívocos, también se encuentren los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades (rendimientos), por cuanto desde el surgimiento del acto ineficaz, tales recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, como acertadamente lo dispuso la A quo.

Al tema oportuno resulta citar lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4360-2019 del 9 de octubre de 2010, con radicado 68852, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, cuando en lo pertinente señaló:

*“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma*

*en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una **disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»** (CSJ SC3201-2018).*

*Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:*

*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 objeto o causa ilícita.*

*Según este artículo, 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). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera*

---

1

“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”

*satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación sólo 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, en tratándose de afiliados, 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)."*

Se debe agregar que, en lo atinente a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de los fondos demandados. Al tema conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

*"Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.*

*(...)*

*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.*

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

*Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*

*(...)*

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.*

*En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem-.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.*

*Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»,*

*debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.*

*Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».*

*(...)*

*Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”*

Por último, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el día 13 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por SILVIA PATRICIA GÓMEZ TRUJILLO en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000<sup>oo</sup>. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

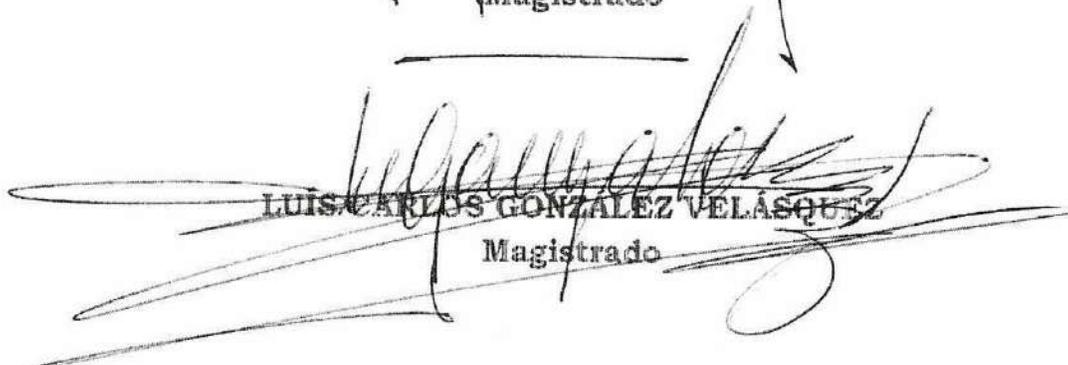
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GÓNZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAYTÁN  
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado





**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA  
TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**

**Expediente: Rad. 110013105023201900517-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de abril de 2022 fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

**SENTENCIA**

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 16 de julio de 2020 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **EDGAR ALFONSO VARELA GUEVARA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.**

**ANTECEDENTES**

EDGAR ALFONSO VARELA GUEVARA, pretende que se declare lo siguiente: la ineficacia de la vinculación, afiliación y/o traslado al RAIS suscrita el 29 de octubre de 1999 a la AFP PORVENIR S.A por la indebida, incompleta y engañosa información suministrada al momento de la afiliación lo cual generó un error de hecho que vició su consentimiento; que nunca ha efectuado un traslado valido al RAIS; que siempre ha permanecido en el RPMPD en calidad de afiliado a

COLPENSIONES entidad pensional a la que legalmente se encuentra afiliado; que tiene derecho a que esta última entidad le reconozca y pague una pensión por vejez bajo los parámetros de la ley 797/2003 sobre un valor superior a \$8.000.000 para la fecha que acredite 62 años de edad y que se declare que si se pensiona bajo el RAIS su pensión disminuiría considerablemente pues estaría sobre un valor promedio de \$2.459.300 para la fecha en que acredite la edad lo cual generaría un detrimento patrimonial superior a mil millones de pesos si tenemos en cuenta como mínimo 20 años de beneficio pensional de acuerdo con la expectativa de vida para un hombre pensionado en Colombia; y como consecuencia, se condene a PORVENIR S.A a registrar en su sistema de información que no efectuó ninguna afiliación, vinculación y/o traslado válido al RAIS por la indebida, incompleta y engañosa información suministrada por el asesor de la AFP al momento de la afiliación lo cual generó un error de hecho que vició su consentimiento y a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, gastos de administración que se hayan descontado y demás valores existentes en la cuenta de ahorro individual; se ordene a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación en el RPMPD como también a actualizar la historia laboral con las cotizaciones efectuadas en el RAIS; lo que resulte ultra y extra petita; costas incluyendo agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, nació el 12 de abril de 1962, se afilió al RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, para la fecha de radicación de la demanda acredita más de 1.476 semanas cotizadas, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A, suscribió formulario de vinculación el cual fue diligenciado por el asesor de dicha entidad el cual no le informó al momento de la afiliación las implicaciones de trasladarse de régimen, ni sobre el derecho de retracto, tampoco sobre la naturaleza propia del RAIS, entre otros aspectos, no le suministró el respectivo plan pensional, no cumplió con el deber de información asesoría y buen consejo, previo a la afiliación la administradora conocía el promedio salarial sobre el cual cotiza para pensión ya que reportó que su salario era integral de \$400.000 y para la época el SMLMV era de \$236.438, durante la permanencia en la AFP no recibió una asesoría completa y comprensible sobre las diferentes alternativas que disponía de orden legal para la elección de su régimen pensional, ni sobre la posibilidad de retornar al RPMPD por lo que contrató de manera particular una asesoría pensional en donde se percató que no había recibido una asesoría acertada y correcta por parte de los promotores de PORVENIR S.A, razón por la cual elevó solicitudes de nulidad de traslado a las demandadas siéndole negadas, en las proyecciones pensionales expedidas por la AFP PORVENIR S.A menciona que la mesada pensional en el RAIS sería de \$2.459.300 y en el RPMPD de \$8.732.200 arrojando una diferencia de \$6.272.900 ocasionando un detrimento económico aproximado al 300%. (fl 2-34)

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y negando la mayoría de los hechos o manifestando no constarle, salvo los relacionados con la edad, sus afiliaciones al RPMPD y al RAIS, las solicitudes elevadas a COLPENSIONES con sus respectivas respuestas y el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad.

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** propuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de COLPENSIONES, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la genérica. (fl 115-129)

**LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fls 148-192)

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 16 de julio de 2020, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante al RAIS administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.; condenó a esta última a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional; declaró que el demandante para efectos pensionales se encuentra afiliado al RPMPD hoy administrado por COLPENSIONES; absolvió a esta última entidad de las demás pretensiones de la demanda, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenó en costas a PORVENIR S.A.

## **RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación en procura de que sea revocada con base en los siguientes argumentos:

**LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.**, al considerar que en el interrogatorio de parte se vislumbra que se le dio toda la información requerida para el momento de la afiliación, fue consciente del traslado, su afiliación fue libre y voluntaria; asimismo se logró probar ese consentimiento con el formulario de afiliación el cual no fue tachado de falso ni desconocido; en cuanto a los gastos de administración es importante resaltar que en ninguna parte del art. 271 de la ley 100 de 1993 como consecuencia jurídica de la ineficacia de pleno derecho del traslado se establecen los gastos de administración y como consecuencia de dicha nulidad el art 113 de la misma ley establece cuales son los emolumentos que se deben trasladar en donde no se menciona este concepto, si lo que se requiere es una sanción en ese caso debería aplicar el art. 271 donde mencionan una multa, asimismo se está propendiendo un enriquecimiento sin causa a COLPENSIONES y al demandante toda vez que al generar esa figura jurídica de que no estuvo afiliado al RAIS pues nunca se debieron de realizar esos rendimientos financieros y por tanto los mismos no deben ser restituidos; en cuanto al término de prescripción y frente al art 20 el cual establece cuales son los emolumentos de las cotizaciones que son para la pensión y no se mencionan los gastos de administración por tanto si se le debe aplicar la prescripción.

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**, argumenta que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o de dolo pues no hay una expectativa legítima como quiera que a la hora del traslado le faltaban más de 750 semanas pues solo había cotizado un total de 446 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión, no era beneficiario del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU-130 del 2013 por lo que deberá someterse a los mandatos del sistema general en el cual se encuentra afiliado en este caso a PORVENIR S.A; asimismo la simple manifestación de inconformidad con el valor de la pensión por sí sola no constituye prueba de que cuando realizo el traslado lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte de los fondos, esto teniendo en cuenta que en el interrogatorio de parte manifiesta que su principal motivación es la mesada pensional a recibir, no se logró probar una información equivocada por parte de la AFP máxime si se tiene en cuenta que para el año 99 los fondos sólo tenían la obligación de brindar información de las condiciones a la hora del traslado por lo tanto no hay lugar a la ineficacia decretada pues se observa desinterés o descuido por parte del demandante y se evidencia que el siguió cotizando al RAIS de

manera libre y voluntaria por más de 15 años; finalmente se encuentra inmerso en la prohibición legal que señala la ley 797/2003 por lo que si se declara la nulidad se estaría afectando el principio constitucional de sostenibilidad financiera..

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término legal COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia porque no se dio el vicio del consentimiento o dolo, no contaba con una expectativa legítima, se encuentra inmerso en la prohibición de traslado, así mismo la simple inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en el RPMPD, pueda resultar superior al que se ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte de la AFP, en cuanto al interrogatorio de parte se puede evidenciar la negligencia con respecto a consultar su situación pensional, además que la carga de la prueba no podía ser aplicada de forma genérica y de todas formas la nulidad del traslado afectaría el principio de sostenibilidad financiera. Por su parte PORVENIR S.A, también solicitó que se revocara el fallo dado que no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineficacia del acto jurídico por la falta del consentimiento informado, como quiera que cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación, el cual se trata de un documento público que se presume auténtico, además que no fue tachado ni desconocido en los términos previstos en la ley, sumado a permaneció por más de 22 años. Finalmente, el promotor de esta actuación peticiona que se confirme la sentencia en la medida que no ejerció el derecho a la elección de régimen pensional de forma libre y eficaz, ya que no tuvo un consentimiento debidamente informado para su vinculación al RAIS.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

### **CONSIDERACIONES**

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si es presupuesto para la declaratoria de la ineficacia del traslado ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa legítima de pensión, **iii)** si tanto el formulario de afiliación firmado y el

interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado **iv)** si la permanencia en el RAIS por más de 15 años sana la nulidad del traslado de régimen, **v)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, **vi)** si PORVENIR S.A está o no obligada a girar a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de nulidad todas las sumas y conceptos ordenados por el A quo tales como gastos de administración y **vii)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un*

*afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso***". (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100*

*de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es

decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 195 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 29 de octubre de 1999 con efectividad a partir del 1° de diciembre de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 193, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. Igualmente recibió interrogatorio de parte del demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, contrario a lo manifestado por la censura en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó que para el año 99 estaba la idea de que el ISS se iba acabar, la misma clínica donde trabajaba permitía que los asesores de las AFP los contactaran, un asesor de PORVENIR S.A se acercó y de manera particular entre las consultas de los pacientes que estaba realizando le expuso que el ISS se iba acabar y que no era factible de que recibiera una pensión por esa situación por lo que debería trasladarse a PORVENIR S.A, ya que obtendría ventajas como pensionarse antes de tiempo, se podía heredar la pensión, quedaría con ingresos mejores en la pensión, le pidió unos datos personales y que firmará el formulario y él se encargaba de los trámites, su principal motivación es porque escuchó rumores de compañeros que no se habían podido pensionar adecuadamente y que fueron engañados razón por la cual buscó asesoría jurídica.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor EDGAR ALFONSO VARELA GUEVARA asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que

prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 29 de octubre de 1999 con efectividad a partir del 1º de diciembre de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS desde el año 1999

genere la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014); reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de PORVENIR S.A.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

Últimamente, en vista que el apoderado de PORVENIR S.A se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante tales como los gastos de administración; basta indicar que ninguna razón le asiste en su

reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, “si la *ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación sólo 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, en tratándose de afiliados, 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones*” (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).”

### **DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN**

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

### **COSTAS**

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de las recurrentes. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

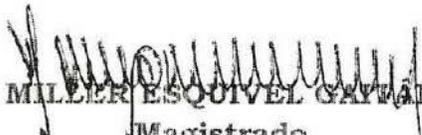
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de julio de 2020 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por EDGAR ALFONSO VARELA GUEVARA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

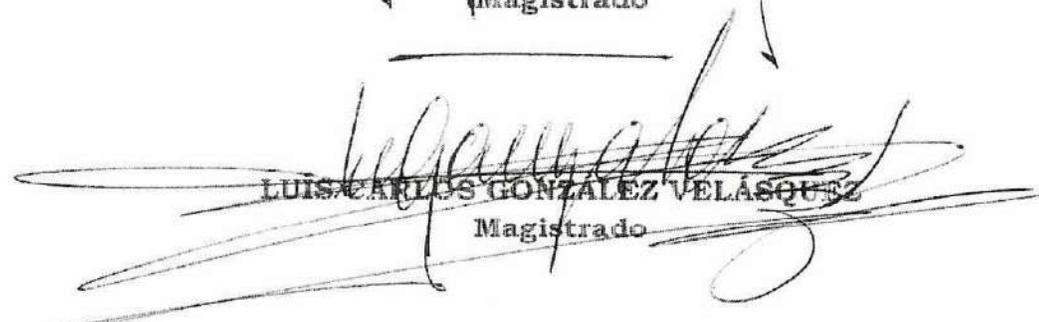
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A, y COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAVÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA  
TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**

**Expediente: Rad. 110013105028201900464-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de abril de 2022 fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

**SENTENCIA**

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 9 de julio de 2020 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GLORIA ESPERANZA CASTRO CORREA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, y como apoderado sustituto a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, en los términos de los poderes otorgados fls 235 a 238.

**ANTECEDENTES**

GLORIA ESPERANZA CASTRO CORREA, pretende que se declare la nulidad de la afiliación efectuada del RPMPD al RAIS en el mes de abril de 1999 ante la AFP COLFONDOS S. A PENSIONES Y CESANTÍAS por existir engaño y asalto a su buena fe induciendo al error y viciando su consentimiento para que se trasladara al RAIS, y como consecuencia, se ordene a esta entidad a retornar con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, se ordene a COLPENSIONES a recibir en el RPMPD y mantenerla como afiliada desde el 1 de septiembre de 1995 sin solución de continuidad, pagos de las costas y agencias en derecho, lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 12 de diciembre de 1963, estuvo afiliada al ISS desde el 1 de septiembre de 1995 al 30 de septiembre de 1998 acumulando un total de 141.43 semanas cotizadas, en abril de 1999 los asesores de la AFP COLFONDOS S. A PENSIONES Y CESANTÍAS se presentaron en su lugar de trabajo y le informaron que en el RAIS generaría más intereses, que podría pensionarse antes de tiempo y que el ISS se iba a liquidar por lo que no se podría pensionar y perdería sus semanas cotizadas, pero no le realizaron proyección pensional, ni la asesoraron sobre la pérdida de beneficios y desventajas que le aplicarían, por lo que se trasladó del RPMPD al RAIS, para el 23 de enero de 2019 tenía un total de 982.57 semanas cotizadas, razón por la cual elevó solicitudes de nulidad de traslado a las demandadas siéndole negadas (fl 8-29).

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y negando la mayoría de los hechos o manifestando no constarle, salvo los relacionados con la edad, su afiliación a las demandadas, las semanas cotizadas, la información brindada por el asesor de COLFONDOS S. A, las solicitudes elevadas ante las demandadas con su respectiva respuesta.

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** propuso las excepciones de protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica (fl 92-162)

**COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS** propuso las excepciones que denominó 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, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la genérica, a ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (fl 179-196)

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 9 de julio de 2020, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado al RAIS con fecha 16 de abril de 1999 por intermedio de la AFP COLFONDOS S. A y en consecuencia declaró como afiliación válida la del RPMPD administrado por COLPENSIONES, se condenó a la AFP COLFONDOS S. A a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, se condenó a esta última a activar la afiliación en el RPMPD y a actualizar su historia laboral.

### **RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se revoque en su integridad, ya que operó el perfeccionamiento del acto inexistente con ocasión a la sentencia SL 1413/2018, art 898 Código de Comercio, art 1752 y 1754 del Código Civil, art 1604 respecto a la diligencia de la parte actora respecto de su estatus pensional de acuerdo al decreto 2241 de 2010.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término legal COLPENSIONES solicita que se revoque el fallo proferido en primera instancia porque dentro del presente proceso obran medios de prueba documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, siendo que el asesor suministró la totalidad de la información clara y precisa sobre los efectos jurídicos que le acarrearía dicho cambio de régimen, no se logró demostrar ningún vicio del consentimiento y se afectaría el principio de sostenibilidad financiera. Por otro lado, la apoderada de la parte actora insiste en que se confirme la sentencia de primera instancia ya que la afiliación se realizó mediante engaños de los asesores de estos fondos de pensiones ya que estos la convencieron a cambiarse de régimen, asimismo no pudieron acreditar que hubiese recibido una asesoría clara, idónea y oportuna, ya que son ellos, las AFP quien tienen el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados. Entre tanto la parte actora insistió en la confirmación del fallo ante el incumplimiento del fondo de brindar la información oportuna y suficiente sobre las ventajas y desventajas del traslado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

## CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que***

**claramente le perjudica, si ese fuera el caso”.** (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del

traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 198 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, diligenciado el 16 de abril de

1999 con efectividad a partir del 1° de junio de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 197, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora GLORIA ESPERANZA CASTRO CORREA asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS el 16 de abril de 1999 con efectividad a partir del 1° de junio de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime que la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia

de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

### **COSTAS**

Sin costas en esta instancia. Las de la primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 9 de julio de 2020 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por GLORIA ESPERANZA CASTRO CORREA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAVÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**  
**Expediente: Rad. 110013105008201900327-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de abril de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

**SENTENCIA**

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de COLPENSIONES y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 19 de junio de 2020 por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró GLORIA ASTRID MESA VASQUEZ en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de PORVENIR S.A a la Dra JENNIFER LORENA MOLINA MESA, y como apoderado sustituto al Dr. NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS, en los términos de los poderes otorgados (fls 209-214) y reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, y como apoderado sustituto a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, en los términos de los poderes otorgados (fls 2017-207)

**ANTECEDENTES**

GLORIA ASTRID MESA VASQUEZ, pretende que se declare la nulidad de la afiliación efectuada con el fondo HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS

S.A hoy PORVENIR S.A por no habersele brindado una información clara y precisa, por existir engaño y haber sido asaltada su buena fe para que se trasladara al RAIS, y como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibir y afiliarse nuevamente en el RPMPD como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático que representa la nulidad, que se condene a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones realizadas, junto con sus rendimientos financieros, intereses, a reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado del RAIS al RPMPD sobre la devolución de los aportes a pensión efectuados a PORVENIR S.A, que se condene a esta última a que pague la sumas adeudadas actualizadas; costas y agencias en derecho, lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, estuvo afiliada al ISS y a CAJANAL, durante el tiempo de vinculación con estas entidades públicas los aportes a pensión fueron cotizadas a la Caja de Previsión Social del Distrito desde el 9 de enero de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1995, cotizó al ISS 41.86 semanas, nació el 9 julio de 1958, para la fecha en vigencia de la ley 100/93 contaba con más de 35 años de edad, era beneficiaria del régimen de transición, se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A, en el momento del traslado los asesores de la AFP motivaron la afiliación al RAIS bajo un acoso sistemático ofreciendo beneficios superiores a los que podría obtener en el RPMPD, le informaron que el ISS se iba acabar, le ofrecieron una buena tasa de rentabilidad por encima del promedio de la mesada pensional ofrecida en el RPMPD, le manifestaron que tenía la posibilidad de pensionarse a cualquier edad, entre otros aspectos, no le informaron que podía retirar el dinero ahorrado en cualquier época si quería pensionarse antes, ni que la pensión estaría sujeta a un cálculo actuarial, tampoco que tenía que asumir o cancelar los gastos administrativos por el hecho de que el fondo maneja su dinero, entre otras cosas, en comparación a las simulaciones pensionales entre los dos regímenes se evidencia que en el RPMPD sería de \$5.858.953 y en el RAIS \$1.496.000, razón por la cual elevó solicitudes de nulidad a las demandadas siéndoles negadas. (Fls 3-27)

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados su historia laboral, su edad, su afiliación a PORVENIR S.A, su simulación pensional y su IBC.

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, buena fe y la genérica. (fls 93 -101)

**LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** propuso las excepciones 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 121-143).

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 19 de junio de 2020, el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la ineficacia del traslado realizado del RPMPD al RAIS acaecido el 30 de diciembre de 1995 mediante la afiliación a HORIZONTE ahora PORVENIR S.A, condenó a COLPENSIONES admitir el traslado del régimen pensional, condenó a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos e intereses de conformidad con las previsiones del art 1746 del C.C aplicable por remisión analógica en materia laboral esto es junto con los rendimientos que hubiere causado, condenó a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR S.A que reposaban en la cuenta de ahorro individual y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, sin condena en costas.

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de PORVENIR S.A y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación en procura de que sea revocada con base en los siguientes argumentos:

**LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, por cuanto, fue una decisión libre, espontánea, sin presiones e informada muestra de ello la asesoría recibida de manera verbal donde se le informó las características y condiciones propias del RAIS, lo anterior fue ratificado en el interrogatorio que le fue realizado corroborando de esta manera la información recibida en la señalada afiliación, era consciente que tenía una cuenta de ahorros que generan rendimientos, que podía pensionarse anticipadamente y tenía conocimiento de los dos regímenes, más aún cuando es profesional del derecho pues esto no puede ser un elemento que debe ser pasado por encima más aún cuando es especializada en materia laboral, asimismo suscribió el formulario de solicitud de vinculación el cual cumplía con todos los requisitos de ley exigidos para la fecha de afiliación, además no le quita ningún tipo de validez que el formulario esté previamente impreso, ratificó la decisión de su actuar ya que fue consciente del acto que estaba suscribiendo acepto las consecuencias de dicho traslado y recibió varias

asesorías de PORVENIR S.A, por último, los gastos de administración se encuentra claramente establecidos en la ley 100/1993 por ende devolverlos causaría un perjuicio pues esos emolumentos ya no están en cabeza de dicha entidad.

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** No comparte el análisis de las pruebas pues las administradoras demandadas no aportaron ningún medio de convicción el cual se pudiera deducir que efectivamente se había cumplido con las obligaciones legales específicamente con el deber de información toda vez que solo se solicitó el interrogatorio de parte y de allí no se logró obtener la confesión ni elementos que permitieran demostrar el cumplimiento de sus obligaciones, considera que no se le debe hacer exigencias probatorias a las administradoras de pensiones que para el momento en que se efectuó el traslado eran inexistentes, asimismo firmó el formulario de vinculación de forma libre y voluntaria estando precedida de la correspondiente información y asesoría por parte de la AFP; se debió analizar la calidad pensional que tiene no siendo ella un afiliada lego pues es abogada y tiene una especialización en derecho laboral por obvias razones tiene conocimientos jurídicos y especializados sobre el tema de pensiones más aún cuando ella manifestó que adquirió el grado de especialización antes de efectuarse el traslado, razón por la cual conocía sobre regímenes pensionales, por último, no está acuerdo con que se haya declarado la nulidad pues en estos casos se declara es la ineficacia ya que teniendo en cuenta los precedentes de la Corte los supuestos de hecho y los supuestos de derecho que sustentan una petición de nulidad son totalmente diferentes a las que sustenta una solicitud de ineficacia incluso las consecuencias jurídicas son diferentes.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido PORVENIR S.A y COLPENSIONES solicitan que se revoque el fallo de primera instancia, insistiendo en que no se observó ningún vicio en el consentimiento, habiendo recibido la actora toda la información necesaria la cual se evidencio con la suscripción del formulario de afiliación, asimismo no hizo uso de su derecho de retracto sino decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria, por lo que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones. Por último, consideran que al declarar la ineficacia del traslado afectaría la sostenibilidad financiera del RPMPD. Por otro lado, la parte actora dado que se incumplió con el deber de información a cargo de las administradoras.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

## CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba; **ii)** si el interrogatorio de parte y el formulario de afiliación fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iii)** si la eventual nulidad quedó saneada por la permanencia en el RAIS y por la re asesoría brindada, **iv)** si su calidad profesional sana la nulidad del traslado. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen*

*pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso***.  
(Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada***.

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de***

***Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 177 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media administrado por CAJANAL (cuyas obligaciones con sus afiliados hoy son asumidas por COLPENSIONES)<sup>1</sup> a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy

---

<sup>1</sup> El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales; de igual manera, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: “respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan”, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De tal modo, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, respecto de sus afiliados; pero quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPM, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social cuya liquidación se ordenare y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES. Por otra parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE y el artículo 4 de esta preceptiva ordenó el traslado de sus afiliados, al Instituto de

PORVENIR S.A diligenciado el 30 de diciembre de 1995, el que una vez cotejado con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS que consta a folio 145, deja en evidencia el error cometido por ese Fondo al no haber consignado en dicho formulario todos los datos necesarios para suministrar la información adecuada a la actora, pues pese a diligenciar de forma inadecuada la fecha de solicitud del traslado ya que fue el 4 de octubre de 1994.

177

3741  
No. 806461

**HORIZONTE**  
**PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**

**SOLICITUD DE VINCULACION**  
**FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS**

Ciudad/Departamento: \_\_\_\_\_ Fecha de diligenciamiento: 9 5 1 2 3 0 (9/5/12/30) Uso interno: 178

Información sobre el sistema de traslado de régimen:  Traslado de régimen

APP ANTERIOR: \_\_\_\_\_ Entidad administradora anterior: \_\_\_\_\_

**2. INFORMACION DEL TRABAJADOR**

Número documento de identidad: 79391991  
 Primer apellido: AAAA Segundo apellido: V... Nombre(s): ...  
 Dirección residencial: ... Ciudad o municipio: ... Departamento: ... Teléfono: 3456781  
 Dirección laboral: ... Ciudad o municipio: ... Departamento: ... Teléfono: 2946306

Estado correspondencia: Residencia  Oficina  Apartado aéreo  Número: \_\_\_\_\_

Tiempo de trabajador: Independiente  Dependiente  Ha cobrado más de 150 semanas: SI  NO  Cajas: SI  NO  Tiempo total de cotización (años y meses): 12 años 0 meses

**3. INFORMACION VINCULO LABORAL ACTUAL**

EMPLEADOR (I)  
 Descripción cargo actual del empleado: ... Salario o ingreso mensual: \$ 556 323  
 Número de identificación del empleador: 999999061-9  
 Nombre o razón social del empleador: ... Ciudad o municipio: ... Departamento: ... Teléfono: 2946306

**4. APOYATE VOLUNTARIO**

Monto del aporte: \_\_\_\_\_ Periodicidad: \_\_\_\_\_

Omisión en la veracidad de la información que así visto permite afirmar que ese Fondo privado no sólo incurrió en faltas al diligenciar el documento de afiliación, sino que ningún seguimiento adelantó respecto de la vinculación de la demandante, entre ellas brindar la información correcta para su caso particular de traslado de régimen.

Prueba que así vista en principio es concreta en el sentido de que el traslado no se realizó de forma correcta en la anotada fecha, y si ello es así, las manifestaciones que realizó la actora al momento de absolver el interrogatorio de parte quien indicó que es abogada especializada en derecho laboral y relaciones industriales desde el año 1993, en cuanto a

Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención, haciéndose efectivo el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009.

las circunstancias de tiempo, modo y lugar manifestó que en el año 95 a raíz de la expedición de la ley 100/93 donde estaban los dos sistemas para el manejo de las pensiones y por visitas que hizo en ese momento HORIZONTE para las instalaciones de su lugar de trabajo, iban por cada uno de los puestos de trabajo, en donde llevaban unos formularios que solicitaban hacer la afiliación, este formulario no fue diligenciado por la suscrita y no hubo la información clara, contundente, asimismo no realizaron un comparativo que la llevara a tomar la mejor, en el momento de la asesoría le informaron que tenía una cuenta de ahorros que le iban a dar unos rendimientos, que su mesada pensional iba hacer mucho mejor que en el ISS, que se podía pensionar a la edad que ella quisiera, pero no le informaron que era beneficiaria del régimen de transición y que el traslado le afectaría de manera negativa, su motivación de retornar al RPMPD es el valor de la mesada pensional.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy PORVENIR S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora GLORIA ASTRID MESA VASQUEZ asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva -del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, dando lugar, inclusive a la devolución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a ella suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como

reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así mismo, en cuanto a la reasesoría pensional que hubiere podido proporcionársele a la demandante, huelga precisar que no genera la consecuencia de validar la afiliación, en la medida que la información completa y veraz que el afiliado requería debió serlo al momento de la afiliación para que se le permitiera conscientemente optar por la mejor decisión, como así lo ha reiterado la CSJ en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicado 664381, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo cuando reflexionó que *“... la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”*.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 4 de octubre de 1994 con efectividad a partir del 1º de noviembre de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS desde el año 1994, ni su condición de profesional -abogada- genere la consecuencia de validar la afiliación puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar

decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Por último, frente a los reparos que eleva la parte recurrente respecto a los presuntos yerros cometidos en primera instancia al declarar la ineficacia del traslado cuando lo pretendido fue la nulidad ha de indicarse que no le asiste razón, en la medida que, para efectos prácticos, las consecuencias de ambas figuras jurídicas son las mismas.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el sub examine se considere que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil,

Bajo tal entendido, aun cuando en términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993<sup>2</sup>, lo propio es tener por ineficaz el traslado de régimen, no se incurre en error cuando se acude a la declaratoria de la nulidad, ya que una y otra aparejan como consecuencia que dentro de los dineros que se ordena devolver, sin lugar equívocos, también se encuentren los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades (rendimientos), por cuanto desde el surgimiento del acto ineficaz, tales recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, como acertadamente lo dispuso la A quo.

Al tema oportuno resulta citar lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4360-2019 del 9 de octubre de 2010, con radicado 68852, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, cuando en lo pertinente señaló:

*“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma*

*en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la*

---

<sup>2</sup> “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”

**consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).**

*Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:*

*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 objeto o causa ilícita.*

*Según este artículo, 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). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación sólo 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, en tratándose de afiliados, 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).”*

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

## **COSTAS**

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de las recurrentes. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la

República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el día 19 de junio de 2020 por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por GLORIA ASTRID MESA VASQUEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

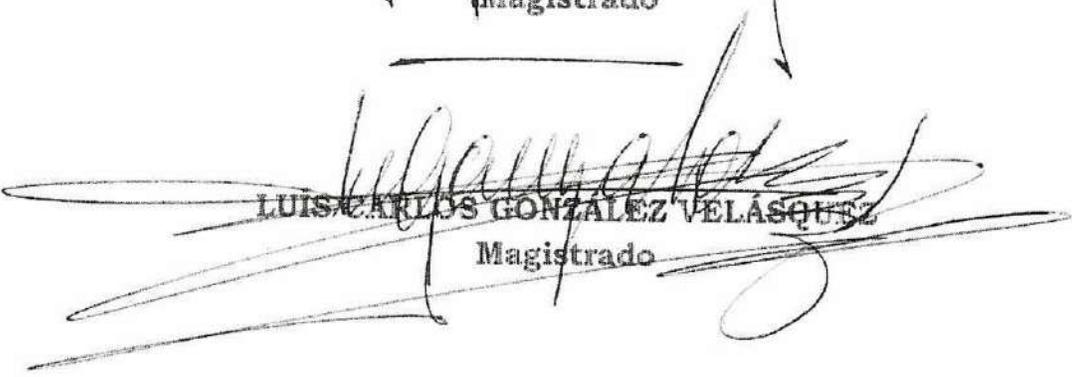
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A, Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAYTÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**  
**Expediente: Rad. 110013105004201900549-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de abril de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

**SENTENCIA**

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 9 de julio de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **JAIRO ENRIQUE PEREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada sustituta de COLPENSIONES a la Dra. **MARÍA ALEJANDRA BARRAGAN COAVA** conforme el poder de folio 244.

**ANTECEDENTES**

JAIRO ENRIQUE PEREZ, pretende que se declare lo siguiente: 1) la nulidad de los traslados al RAIS administrado por PORVENIR S.A y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A por la omisión en la información por parte de las AFP para brindar la posibilidad de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES y/o permanecer en el RAIS, 2) que los traslados de régimen

y fondo de pensiones obedecieron a la omisión de la información, engaño, error y asalto de la buena fe, 3) que la afiliación al RPMPD administrada por el ISS hoy COLPENSIONES en virtud de la nulidad del traslado permaneció incólume y por ello, surte todos los efectos legales, 4) que las AFP deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas al momento del traslado del régimen, así como los demás dineros aportados durante todo el tiempo en que ha estado afiliado al RAIS, y como consecuencia, se ordene a COLPENSIONES a inscribir sin solución de continuidad la afiliación en el RPMPD, se condene a PORVENIR S.A y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas, así como los demás dineros aportados durante todo el tiempo en que ha estado afiliado al RAIS, lo que resulte ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 31 de octubre de 1957, se afilió al ISS en julio de 1986, las AFP a partir del 1° de abril de 1994 iniciaron una agresiva publicidad por los distintos medios de comunicación así como visitas personales a las empresas públicas con el único fin de trasladar a los afiliados al RAIS, en 1997 los asesores comerciales de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A ahora PORVENIR S.A asistieron a su lugar de trabajo con el único propósito de trasladarlo de régimen de pensiones para esa fecha contaba con más de 574 semanas cotizadas le faltaban 425, 58 por lo que ya tenía una expectativa legítima de pensión con el RPMPD, no le informaron ningún aspecto general ni propio del afiliado respecto de su afiliación y futuro pensional en el RPMPD administrado por el ISS, ni sobre las advertencias de los riesgos que existían por trasladarse al RAIS, tampoco que la pensión de vejez que le reconocería la AFP resultara inferior a la pensión vitalicia que le reconocería el RPMPD, entre otros aspectos, razón por la cual elevó solicitudes de nulidad de traslado a las demandadas siéndoles negadas. (Fls 3-22).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad del actor, su afiliación al RPMPD, su historia laboral, la dirección de su lugar de trabajo, el cargo que desempeñaba, el salario que devengaba, la certificación que expidió COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y las solicitudes a ellas elevadas con sus respectivas respuestas.

**COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS:** propuso las excepciones que denominó como: inexistencia de la obligación, causa y objeto, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, prescripción de la acción

para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (Fls 102- 118)

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**

planteó las excepciones 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 adiciona el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica (fls 136-152).

**LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**

propuso las excepciones 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 163-197)

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 9 de julio de 2020, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación que hiciera el demandante al RAIS que en su caso administra PORVENIR S.A para tenerlo válidamente afiliado a COLPENSIONES, condenó a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con todos sus rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, se ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante al RPMPD, sin costas en esa instancia.

**RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión de primera instancia el apoderado del demandante y COLPENSIONES interpusieron recursos de apelación, los cuales sustentaron en los siguientes términos:

**APODERADO DE LA PARTE ACTORA:** solicita que se revoque el ordinal cuarto de la sentencia el cual hace referencia a las costas, considerando que se ejerció el derecho de contradicción especialmente por PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.

**COLPENSIONES,** pretende que se revoque de manera integral la sentencia de primera instancia argumentando que el señor demandante guardó silencio por más de 22 años respecto a la información que le fue proporcionada por parte de la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS lo que permite denotar un abandono respecto a su pensión tal y como se verifica en el interrogatorio de parte, asimismo el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria y no fue debidamente acreditada la falta de

asesoría, tener en cuenta la jurisprudencia que habla sobre el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional en donde se precisó que el objeto es evitar la descapitalización que le provocaría al fondo común del RPMPD incluso afectaría la garantía de los afiliados que si cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional, por último el demandante no contaba con una expectativa legítima de pensión al efectuar el traslado pues a la entrada en vigencia de la ley 100/1993 contaba con 36 años de edad y no estaba afiliado al ISS y al momento de efectuar el traslado de régimen pensional contaba con 31 semanas cotizadas es decir que le hacían falta más de 1200 semanas para adquirir la pensión en el RPMPD.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido COLPENSIONES insistió en la revocatoria de la sentencia apelada por cuanto la falta de información aducida por la demandante debió ser probada, no habiéndose demostrado ningún vicio en el consentimiento al punto que el formulario fue diligenciado libremente. Y PORVENIR S.A., por su parte, pidió revocar en su integridad el fallo de primera instancia al no configurarse los presupuestos de la nulidad del traslado de régimen, el cual se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, realizando el juzgador una apreciación errónea del deber de información.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

### **CONSIDERACIONES**

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si es presupuesto para la declaratoria de la ineficacia del traslado contar con una expectativa legítima de pensión, **iii)** si la permanencia en el RAIS por más de 22 años sanea la nulidad del traslado de régimen, **iv)** si su interrogatorio de parte fue debidamente valorado determinando si con ello se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **v)** si había o no lugar a condenar en costas a los demandados, **vi)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales

beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello los administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 67 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 1° de abril de 1997, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que el asesor de PORVENIR S.A se acercó a su lugar de trabajo habían más o menos 10 personas y la asesoría duró aproximadamente 30 minutos, en esa reunión el asesor le habló muy mal del ISS le mencionó que eso se iba acabar porque era del Estado, que las mesadas pensionales se iban atrasar, razón por la cual optó por trasladarse al RAIS, él no realizó ninguna pregunta y la suscripción del formulario fue

de manera voluntaria, en el momento de la afiliación no le dijeron como se pensionaría en el RAIS, no corroboró la información dada por el asesor de la AFP, no utilizó el servicio de re asesoría, quiere retornar al ISS porque varios de sus compañeros le mencionaron que lo que le dijo el asesor de PORVENIR S.A era falso, se trasladó de manera horizontal entre las AFP porque era más estable COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a al señor JAIRO ENRIQUE PEREZ asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva -del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 1° de abril de 1997 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS por más de 22 años no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla

garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

## **DE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS**

El artículo 65 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

**“CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

(...)

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)*”

(Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Así las cosas, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su condena.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas<sup>1</sup>.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas

---

<sup>1</sup> Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pag. 1022.

tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximir las de dicho rubro.”

Por lo expresado, toda vez que el A quo no condenó en costas a la parte recurrente pese a que la sentencia le fue favorable a sus intereses, es por lo que se revocará tal determinación y en su lugar se condenará tanto a PORVENIR S.A como a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS de las costas causadas en primera instancia cuya tasación corresponde fijarla al Juez de Conocimiento.

## **COSTAS**

En esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes y en favor de la parte actora ante la prosperidad de su recurso. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** el ordinal CUARTO de la sentencia proferida el 9 de julio de 2020 por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por JAIRO ENRIQUE PEREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para en su lugar condenar en costas de primera instancia a las demandadas COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y PORVENIR S.A, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, las cuales deberán ser tasadas por el Juez de Conocimiento.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Fijese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se revocan.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

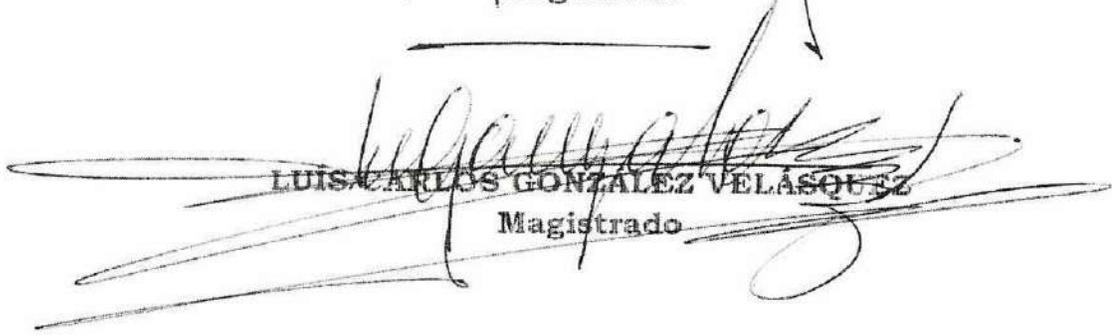
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN  
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado





**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO  
Expediente: Rad. 110013105004201900228-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de abril de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

**SENTENCIA**

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de COLPENSIONES y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de junio de 2020 por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró MARIA SOLEDAD SALAZAR REYES en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de PORVENIR S.A a la Dra. JENNIFER LORENA MOLINA MESA, y como apoderado sustituto al Dr. NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS, en los términos de los poderes otorgados (fls 247-253), y como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS, y como apoderada sustituta al Dra. LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR, en los términos de los poderes otorgados fls 234-237)

**ANTECEDENTES**

MARIA SOLEDAD SALAZAR REYES, pretende que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y que se encuentra vinculada a

COLPENSIONES, y en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A que proceda con el reporte de dicha novedad al sistema de información de los afiliados a los fondos de pensiones quedando válidamente asignada a COLPENSIONES como única entidad encargada de administrar los recursos pensionales, se condene a PORVENIR S.A que en el término improrrogable de un mes contado a partir de la ejecutoria de la providencia proceda a trasladar todos los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte juntos con sus rendimientos frutos e intereses que se hubieren causado a COLPENSIONES, se ordene a esta última entidad que una vez la AFP PORVENIR S.A proceda con la afiliación y a recibir todos los aportes girados que hacen parte de todos y cada uno de los aportes sufragados, lo que resulte ultra y extra petita, costas, gastos, expensas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 11 de febrero de 1963, ingresó a trabajar en entidades del sector público y privado desde el 27/02/1981 hasta el 2/05/1991 cotizando con la caja de previsión social de Boyacá, se vinculó al RPMPD administrado por el ISS a partir del 27/06/1989, acredita 26 semanas para los riesgos de invalidez y sobreviviente al ISS al momento del traslado de régimen con la AFP PORVENIR S.A, según el formulario de vinculación se trasladó a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS el 10/04/2020 con un salario mensual de \$600.000, esta AFP omitió realizar cobro coactivo de los aportes contra el empleador MOLDIPACK S.A entre el periodo 4/2000 hasta el 3/2006, registra aportes de PORVENIR S,A de forma continua y discontinua entre el 11/2007 hasta el 8/2018, al momento y después del traslado HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS no le informo que el valor de la pensión depende de la modalidad de retiro programado, sujeto a los rendimientos del capital de las tasas de interés del mercado en el riesgo de inversión en el portafolio del fondo privado, ni sobre los requisitos para obtener la pensión, tampoco sobre el riesgo y las consecuencias negativas del traslado, ni sobre la posibilidad de regresar nuevamente al RPMPD, entre otros aspectos, faltando por completo a su deber profesional de analizar la situación pensional para aconsejar de forma honesta y diligente sobre la conveniencia o no del traslado, razón por la cual elevó solicitudes de nulidad de traslado ante las demandadas (Fls 3-19 sub 42-45)

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, su historia laboral, la cesión de la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS a PORVENIR S.A.

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**

propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la genérica (fls 67 -75)

**LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

**PORVENIR S.A** propuso las excepciones 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 105-134).

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 23 de junio de 2020, el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la ineficacia de la afiliación que hiciera la demandante al RAIS que en su caso administra PORVENIR S.A para tenerla válidamente afiliada a COLPENSIONES, se condenó a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con todos sus rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, se ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante, se condenó en costas a PORVENIR S.A, se fijó como agencias en derecho la suma de un salario mínimo.

**RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de PORVENIR S.A y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación en procura de que sea revocada con base en los siguientes argumentos:

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se estudie el principio de relatividad de los negocios jurídicos en atención que por un negocio realizado por HORIZONTE y la demandante se está incluyendo una nueva parte la cual no puede ser perjudicada, además es una afectación al principio de la sostenibilidad financiera teniendo en cuenta la sentencia C-1024/2004 ratificada en la C-062/2010, en cuanto a la carga de la prueba no se puede tomar tan drásticamente teniendo en cuenta que los afiliados también cuentan con el deber de asesorarse como lo ha establecido el estatuto del consumidor financiero donde menciona que no solo se deben quedar con la información que le brinde la AFP sino que a mutuo consiga teniendo en cuenta que es su expectativa pensional la que está en juego.

**LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, por cuanto, 1) se ha omitido de forma notoria uno de los

hechos que generaron la afiliación al RAIS, es que el empleador de la demandante para dicho momento le obligó a afiliarse a este fondo de pensiones con el pretexto de que si no lo hacía sería despedida, por lo que se considera necesario la concurrencia del representante legal o del dueño de la empresa con el fin de poder esclarecer las condiciones en las que se realizó dicho traslado, 2) para el momento de la afiliación se cumplió con el deber de información que le exige el ordenamiento jurídico a las AFP y en este sentido es importante tener en cuenta que uno de los criterios se va analizar la ineficacia del traslado del régimen pensional debe ser un análisis crítico del ordenamiento jurídico vigente para ese momento ya que no existían las obligaciones tácitas de determinar que se debían hacer una proyección pensional, ni mucho menos documentar la información lo único que se requería el ordenamiento jurídico para dicho momento era evacuar una capacitación de forma verbal, estos conflictos jurídicos se han dado no por culpa de las AFP sino del Congreso que no reguló de forma suficiente como deben desarrollarse estos traslados sin embargo lo que se debe evaluar es que no se está hablando de ineficacia del traslado sino la nulidad del régimen pensional pues encontramos que hay una fuerza a la cual fue sometida la demandante para afiliarse y pues este debe ser el objeto de gravedad donde debe girar este debate jurídico, 3) se puede dilucidar que la parte activa es una persona que no le intereso su expectativa pensional pues por el contrario fue bastante negligente pues nunca le importó conocer sobre sus derechos, ni tampoco acercarse a la entidad a la cual se encontraba afiliada, sin embargo también vale destacar que no tiene sentido que un asesor comercial que ha superado un proceso de capacitación tan amplio como desarrollan en las AFP desvirtuando de forma tajante los dichos por la demandante, 4) por último, los gastos de administración frente a las restituciones mutuas no se deberían devolver ya que siempre ha tenido la cobertura frente a las pólizas que buscan satisfacer las consecuencias derivadas de la muerte o invalidez, ni los rendimientos financieros

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido se pronunció el apoderado de la parte demandante quien solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, asimismo se efectuó la vinculación al RAIS sin haberle brindado una asesoría clara, oportuna teniendo ésta el deber de diligencia y de informar las diferentes alternativas e inconvenientes del RAIS. Por otro lado, PORVENIR S.A y COLPENSIONES, solicitan que se revoque el fallo de primera instancia porque no acredita los supuestos legales para que se declare la ineficacia del traslado, asimismo hizo uso de su derecho de escogencia y está inmersa en la prohibición legal por lo que al retornar al RPMPD afectaría la sostenibilidad financiera.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba; **ii)** si es necesario que asista el representante legal de la empresa MOLDIPACK para poder esclarecer las condiciones en las que se realizó dicho traslado, **ii)** si el interrogatorio de parte fue debidamente valorado **iii)** si PORVENIR S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación, y **iv)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, si operó la prescripción. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

#### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho

traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”**.*  
(Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para***

**adoptarla.**

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 135 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media administrado por CAJANAL (cuyas obligaciones con sus afiliados hoy son asumidas por COLPENSIONES)<sup>1</sup> a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy

---

<sup>1</sup> El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales; de igual manera, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando

PORVENIR S.A diligenciado el 10 de abril de 2000 con fecha de efectividad del 1 de junio del mismo año, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (fl 137), prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. Igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó que las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se trasladó a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, lo que manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, fue en el año 2000 en la empresa MOLDIPACK S.A, el asesor de la AFP y el representante legal de la empresa se encontraban juntos le pasaron el formato de vinculación debidamente diligenciado para la firma aduciendo que ese era el formulario para poder hacer los aportes al fondo de pensiones, no recibió ninguna asesoría y lo que la motivó a trasladarse de régimen es porque su empleador se lo solicitó ya que no iba a realizar los aportes a otro fondo, además el asesor les menciona que el ISS se iba acabar, se sintió obligada porque se lo pidió el empleador, manifiesta que no conoce nada respecto a las características del RAIS.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy PORVENIR S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARIA SOLEDAD SALAZAR REYES asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando la no concurrencia en el

---

dicho régimen: “respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan”, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De tal modo, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, respecto de sus afiliados; pero quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPM, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social cuya liquidación se ordenare y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES. Por otra parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE y el artículo 4 de esta preceptiva ordenó el traslado de sus afiliados, al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención, haciéndose efectivo el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009.

proceso del representante legal de la empresa MOLDIPACK no cambia las consecuencias jurídicas, pues también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy PORVENIR S.A el 10 de abril de 2000 con fecha de efectividad del 1 de junio del mismo año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

En la misma orientación, frente a los reparos que eleva la parte recurrente respecto a los presuntos yerros cometidos en primera instancia al declarar la ineficacia del traslado cuando lo pretendido fue la nulidad, así como al ordenar trasladar los gastos de administración como consecuencia de dicha declaratoria, ha de indicarse que no le asiste razón, en la medida que, para efectos prácticos, las consecuencias de ambas figuras jurídicas son las mismas.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el sub examine se considere que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil,

Bajo tal entendido, aun cuando en términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993<sup>2</sup>, lo propio es tener por ineficaz el traslado de régimen, no se incurre en error cuando se acude a la declaratoria de la nulidad, ya que una y otra aparejan como consecuencia que dentro de los dineros que se

---

<sup>2</sup> “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”

ordena devolver, sin lugar equívocos, también se encuentren los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades (rendimientos), por cuanto desde el surgimiento del acto ineficaz, tales recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, como acertadamente lo dispuso la A quo.

Al tema oportuno resulta citar lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4360-2019 del 9 de octubre de 2010, con radicado 68852, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, cuando en lo pertinente señaló:

*“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma*

*en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una **disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»** (CSJ SC3201-2018).*

*Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:*

*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 objeto o causa ilícita.*

*Según este artículo, 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). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación sólo 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, en tratándose de afiliados, 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)."*

Últimamente, dado que el apoderado de PORVENIR S.A se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a *"trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieran solicitado, **sumas adicionales** con intereses o rendimientos, **gastos** que hubiera causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil"*; basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *"si 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, en tratándose de afiliados, 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones"* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019)."

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

### **COSTAS**

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de las recurrentes. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la

República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el día 23 de junio de 2020 por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARÍA SOLEDAD SALAZAR REYES en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

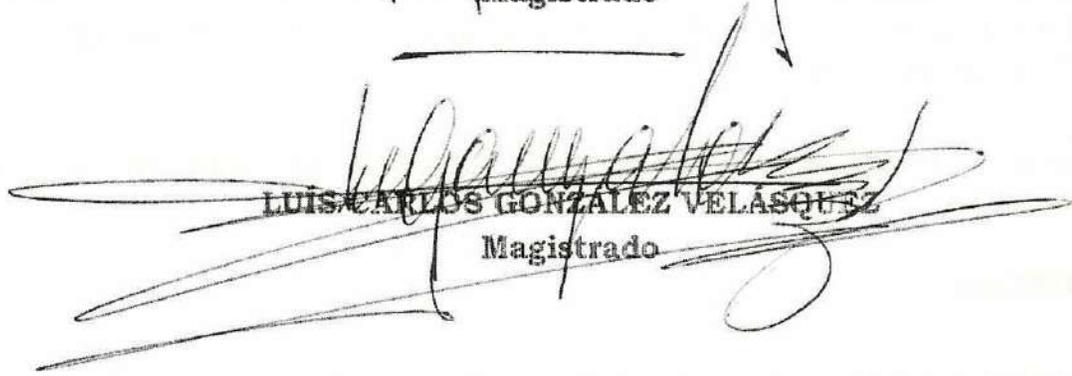
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A, Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GATTÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105035201900531-02**

En Bogotá D.C., hoy 29 de abril de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Pensión de invalidez por accidente. Fecha de estructuración vs fecha del hecho causante de la invalidez

**SENTENCIA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante OSCAR ALIRIO CASTAÑEDA ROJAS en contra de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió OSCAR ALIRIO CASTAÑEDA ROJAS en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

**ANTECEDENTES**

OSCAR ALIRIO CASTAÑEDA ROJAS instauró demanda ordinaria laboral en contra del PORVENIR S.A, para que previa declaratoria de que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 18 de enero de 2018, se disponga su reconocimiento junto con el pago de los intereses moratorios y la indexación de las mesadas pensionales; además de las costas del proceso.

Como fundamento de su pedido, afirmó en síntesis que, durante su vida

laboral estuvo afiliado a COLPENSIONES y PORVENIR S.A, cotizando para los riesgos de I.V.M un total de 258 semanas; el 10 de febrero de 2016 sufrió un accidente de tránsito que le provocó diferentes fracturas, determinando la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 28 de marzo de 2019 que su pérdida de la capacidad laboral fue del 53.40%, calificada como de origen de origen común, el 16 de mayo del 2019 PORVENIR S.A le informó que no era posible dar trámite a la solicitud de pensión de invalidez ya que lo procedente era la devolución de saldos, tal como se realizó en oficio 547, donde se le aprobó la devolución por un valor de \$4.393.728.00, el 26 de junio de 2019 solicitó la reconsideración del reconocimiento pensional pero el 9 de julio se confirmó la aprobación de la devolución de saldos argumentando por cuanto no contaba con cincuenta semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez; sin perjuicio de ello sí cotizo dentro de los tres años anteriores al accidente que género la invalidez las semanas requeridas desde el 10 de febrero de 2013 hasta el 10 de febrero de 2016), esto es, un total de 499 días equivalentes a 71.28 semanas, con oficio del 2 de julio de 2019 PORVENIR S.A remitió la historia laboral con los reportes detallados de pagos según los periodos cotizados, días y valores, y actualmente se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud por medio de la EPS CAPITAL SALUD desde el 30 de enero de 2017. (fls. 123-147)

## **CONTESTACIÓN**

**PORVENIR S.A** con escrito de folios 220 a 242 se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, aceptó la mayoría de los hechos salvo los relacionados con la fecha de su afiliación a esa entidad aclarando que lo fue el 26 de diciembre de 2008, el número de semanas cotizadas y que no le consta en qué fecha se afilió al régimen subsidiado de salud. Propuso las excepciones de cumplimiento de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, cobro de lo debido, compensación, buena fe y mala fe del actor.

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 10 de agosto de 2021, resolvió ABSOLVER a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A de todas y cada una de las pretensiones en su contra; sin condena en costas.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión la parte actora, a través de su apoderado, interpuso recurso de apelación en procura de que sea

revocada y en su lugar se acceda a las pretensiones, pues SEGUROS DE VIDA S.A.S. determinó el origen de la invalidez del demandante resaltando como fecha de estructuración el 10 de enero de 2018, no obstante la fecha del accidente lo fue el 1° de febrero del 2016, por lo que siendo esta última la fecha del origen, era procedente hacer el conteo de las 50 semanas desde entonces y hacia atrás, asistiéndole el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, anotando que todo problema de salud o todo hecho generador en el estado de salud deriva no solo de deficiencias de orden físico sino también mentales y así está determinado en su momento en el manual empleado para la calificación del accidente el decreto 1507 de 2014, por lo tanto, no siendo necesario desvirtuar un dictamen emitido por la demandada a través de su aseguradora cuando dentro de la calificación se establece el origen del evento, las secuelas ortopédicas, los problemas psiquiátricos y el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, olvida el Juzgado que el proceso de calificación esta discriminado en dos títulos: título 1 que son las deficiencias y título 2, de ahí que si el despacho tenía duda lo más sano era verificar o solicitar una prueba pericial respecto del origen del dictamen o de cuánto era el porcentaje de las presuntas patologías que tenía que según el despacho no fueron derivadas de un accidente de tránsito, incurriendo en error al verificar las documentales que obran en el proceso.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido, la parte demandante, señor OSCAR ALIRIO CASTAÑEDA ROJAS, solicita que se revoque la sentencia porque sufrió un accidente de tránsito que generó una pérdida de la capacidad laboral del 53.40, accidente de origen común que permite la aplicación del numeral 2° del artículo primero de la ley 860 de 2003, y como acredita haber cotizado 499 días, que equivalen a 71.28 semanas, dentro del periodo comprendido del 10 de febrero de 2013 al 10 de febrero de 2016, cumple con los requisitos que exige la ley.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

### **CONSIDERACIONES**

Debe determinar la Sala si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen común a cargo de la AFP POVENIR y, en caso afirmativo, desde qué fecha, así como si hay lugar al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, en virtud de lo previsto en el artículo 66 del CPT y de la SS.

**DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN - DENSIDAD DE COTIZACIONES ART 1° DE LA LEY 860 DE 2003 (FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O FECHA DE LA OCURRENCIA DEL ACCIDENTE)**

Como quiera que no es objeto de controversia en la alzada el estado de invalidez del señor OSCAR ALIRIO CASTAÑEDA ROJAS, a quien de acuerdo con el dictamen elaborado por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ (fls 82-92), se le determinó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de origen común del 53.40%, con fecha de estructuración el 18 de enero de 2018, consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el día 10 de febrero de 2016, dado que la censura dirige su reproche a la fecha que debe ser tenida en cuenta para efectos de la contabilización del requisito de las cincuenta (50) de cotización, esto es, que las mismas comprenden las de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de ocurrencia del accidente y no a las de la fecha de la estructuración de la invalidez, es por lo que forzoso se muestra hacer las siguientes precisiones.

Sea lo primero precisar que el presupuesto de densidad de cotizaciones, en el específico caso de accidentes, lo contempla el numeral 2 del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 cuando en lo pertinente dispone: “2. *<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, **y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transecurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.***”<sup>1</sup>, de ahí que al tener el accidente regulación específica no es dable acudir a la fecha de estructuración para determinar el requisito de las 50 semanas, como erradamente lo concluyera el A quo, ya que situaciones diferentes a la generalidad ameritan soluciones diferentes. Ello en la medida que el numeral 1 de la mentada norma se ocupa específicamente de los requisitos para obtener la pensión de invalidez pero cuando la Invalidez es causada por enfermedad, en cuyo evento es que precisa que las cincuenta (50) semanas debieron cotizarse dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Sin perjuicio de lo expuesto, se ha admitido jurisprudencialmente que pueden presentarse situaciones particulares en donde la fecha de estructuración no le permite al trabajador satisfacer dicho requisito, sin embargo, atendiendo su continuidad en la labor y correspondiente

<sup>1</sup> La Corte Constitucional declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-428-09, mediante Sentencia C-727-09 de 14 de octubre de 2009, Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa.

- Numeral declarado EXEQUIBLE, salvo el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428-09 de 1o. de julio de 2009, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.

cotización, para efectos de la contabilización se ha accedido a considerar una fecha distinta *-tal y como sucede por ejemplo tratándose de la invalidez originada en enfermedades catastróficas, congénitas y/o progresivas, en la que los trabajadores han mantenido la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición-*, y por ello se ha optado, con el fin de garantizar sus derechos fundamentales, en especial el de seguridad social, en cubrir la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, considerando para tal propósito no sólo la fecha de estructuración contemplada en la ley, sino también **i)** la fecha de calificación de la invalidez, **ii)** de solicitud del reconocimiento pensional o, **iii)** de la última cotización efectuada, atendiendo justamente a la realidad de la que no puede ser ajeno el funcionario judicial, la sociedad, ni las partes y, que no es otra distinta, a la de verificación de cuándo el padecimiento se manifestó para el afiliado de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico.

Ahora, tratándose de la invalidez producto de un accidente, cuando, como en este caso, no sólo se tiene claridad que todas las deficiencias que dieron origen a la discapacidad del demandante fueron consecuencia directa del accidente de tránsito por él sufrido, sino que una vez ocurrido éste, se vio impelido para continuar cotizando, para la contabilización de las 50 semanas debe tenerse como fecha determinante la del accidente, o como bien dice la norma: “la del hecho causante” de la invalidez .

Al tema, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia traída a colación por el recurrente<sup>2</sup>, la cual acoge esta Sala en su integridad, en lo pertinente precisó que: “... *la invalidez indefectiblemente no se produce el día del accidente, sino que puede ser posterior a éste, pero si se dictamina por los expertos que ella es secuela del infortunio ya conocido por existir el registro documentado de su ocurrencia, o evidenciado por cualquier otro medio probatorio, ninguna dificultad hay en saber cuál fue el día en que se generó la discapacidad. Ahora, si una persona sufre un accidente, de riesgo común, o por causa del trabajo, y mientras va sufriendo poco a poco el deterioro de su salud, no consigue empleo y deja de cotizar al sistema, **no se acompasa con los principios de la seguridad social, que pierda efectividad la densidad de cotizaciones alcanzada hasta el día en que sufrió el accidente.** La diferenciación hecha por la ley es única y exclusivamente, como se ve, para marcar el día de inicio de contabilización de los aportes al sistema de la seguridad social. No así, para comenzar a pagar la pensión que llegare a estructurarse posteriormente, porque ella se debe,*

---

<sup>2</sup> CSJ SL sentencia con radicado No. 29968 del 23 de febrero de 2007. M.P Dr. Carlos Isaac Nader.

*“desde la fecha en que se produzca tal estado”, conforme al artículo 40 in fine de la Ley 100 de 1993. Es decir, puede ser retroactiva a la fecha de la experticia, pero no necesariamente desde el día del accidente, por cuanto –se itera– es posible que la disminución definitiva de la capacidad laboral del beneficiario emerja en momento posterior a la contingencia sufrida.” Concluyendo más adelante: “Así las cosas, como quiera que se denunció la errónea interpretación del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, por estimar que cuando se trata de invalidez originada en un accidente laboral, la densidad de cotizaciones exigida en ella debe haberse completado en los tres años anteriores “a la fecha de estructuración” señalada por la Junta de Calificación de Invalidez competente, y no haber entendido que la ley dice que ese período trienal debe anteceder a la data del “hecho causante”, el Tribunal incurrió el error jurídico denunciado y la sentencia habrá de casarse.” Resaltado propio de la Sala fuera del texto original.*

Se dice que la invalidez por accidente es la que se presenta en el *sub examine*, pues la misma se evidencia con la historia clínica del actor (fls 34-79), el dictamen de pérdida de capacidad laboral (fls 82-92) y, por su puesto, así lo refleja el historial de aportes expedido por PORVENIR S.A., pruebas todas ellas de las que se desprende que las secuelas psíquicas y físicas del origen de su invalidez fueron consecuencia directa del mencionado accidente de tránsito, teniéndose certeza, además, del trabajo que realizaba antes del mismo como Maestro de Construcción y también que desde la fecha de ocurrencia del accidente depende económicamente de su señora madre.

En efecto, de acuerdo al análisis y conclusiones contenido en el Dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el diagnóstico del actor es el siguiente:

*“ 1. Episodio depresivo moderado.  
2. Fractura de epífisis inferior del femur.  
Deficiencias: 26.00%  
Título II: 27.40%  
PCL TOTAL: 53.40%”*

*En relación con las deficiencias, grosso modo, señaló que se trata de un paciente con DX de Episodio depresivo moderado. Fractura de la Epífisis Inferior del femur. Es así como consignó: “se encuentra paciente de 36 años de edad, procedente de Bogotá D.C, se desempeñaba como Maestro de Construcción, quien sufrió accidente de tránsito el 10/01/2016 al ir en moto y ser impactado por una flota, presentando fractura de femur izquierdo, tratado quirúrgicamente con reducción abierta con material de osteosíntesis, evolucionando con infección con DX de osteomielitis crónica, manejado con antibiótico, 18/01/2018 RX DE RODILLA DERECHA: No se identifican lesiones de origen traumático de carácter recientes.*

*Relaciones recientes. Relaciones articulares se hallan conservados. No se identifican lesiones líticas ni blásticas. 18/01/2018 RX DE RODILLA IZQUIERDA. MOS con la presencia placa y tornillos que fijan fractura del tercio distal del fémur, con engrosamiento e irregularidad de la cortical ósea. Alteración en la morfología de la paleta. 18/01/2018 RX DE FEMUR IZQUIERDA: MOS por la presencia de placa y tornillos que fijan fractura antigua del tercio medio de la diáfisis femoral, se identifica engrosamiento e irregularidad de la cortical ósea, con área de estenosis irregular y pérdida del patrón trabecular normal, como hallazgos sugestivos de osteomielitis crónica a correlacionar con antecedentes. 2EM porte adecuado, actitud colaboradora, establece contacto visual espontáneo, consiente, alerta, orienta en las tres esferas, euprosexico, pensamiento lineal, ideas de desesperanza y minusvalía, sin ideación delirante, eutímico, de tono triste, sin alteraciones en la sensibilidad, eulálico, normoquinético, inteligencia promedio, juicio de la realidad presente, paciente de 34 años con secuelas de accidente de tránsito, quien presenta síntomas depresivos y ansiosos, que han afectado su calidad de vida, por lo que requiere manejo psicofármacos, y psicoterapéutico, sertralina y trazodone; hallazgos corroborados a la valoración médica realizada por esta junta, calificado de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional y no se evidencian elementos clínicos de juicio que permitan modificar la calificación, motivo por el cual se ratifican las deficiencias.*

*En relación con el rol laboral y ocupacional se califican con base en la deficiencia dada por el médico ponente, con el Manual Único de Calificación de Invalidez y escala de gravedad y con los documentos obrantes al expediente. de acuerdo con la deficiencia que presenta el paciente, y el impacto que esta le genera a nivel ocupacional en la ejecución de sus actividades su autocuidado, tiempo libre y trabajo. Se desempeñaba como Maestro de construcción presentó accidente común de tránsito al ir en moto y ser impactado por una flota, a la valoración infección signos de osteomielitis y edema presente en la rodilla deformidad en flexión, no movilidad, marcha con cojera, asiste con bastón, sin trabajo. Vive con la madre, depende económicamente de ella, responde por una hija, se califica el título II en 27.4%” (Subrayas propias de la Sala).*

No se trata entonces de desconocer el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, sino de que en uso de las amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, de las que goza el funcionario judicial<sup>3</sup>, precisamente dándole

---

<sup>3</sup> Tratándose de la valoración de la pérdida de la capacidad laboral de los afiliados al sistema de seguridad social y de la fecha de estructuración de tal evento, la Corte ha sostenido que los dictámenes de las juntas de calificación, a pesar de su importancia, no representan conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que bien pueden ser revaluadas o desvirtuadas por el juez del trabajo, en ejercicio de sus libertades de valoración probatoria. (CSJ SL3992-2019). Y en sentencia SL2349-2021, sostuvo: “En ese

credibilidad al contenido del dictamen, se arriba a la conclusión que fue con el accidente que se verificaron las secuelas que dieron lugar a la invalidez, siendo que la fecha de estructuración establecida por la Junta corresponde al día en que se valoraron las pruebas específicas de RX de las rodilla derecha e izquierda así como del femur izquierdo, no obstante que, con anterioridad y con posterioridad a esa calenda, ya se había constatado en el Informe pericial de clínica forense (16/08/2017), que las lesiones que presentaba eran consistentes con el relato de los hechos habiendo dejado deformidad física y perturbación funcional permanente de los miembros allí indicados, mientras que la especialidad de psiquiatría (28/09/2017) dentro de los hallazgos precisó que era un paciente de 34 años, con secuelas de accidente de tránsito, quien presenta síntomas depresivos y ansiosos que han afectado su calidad de vida, por lo que requiere manejo psicofármacos y psicoterapéutico; es decir, es claro el supuesto fáctico que por la contundencia de las lesiones y sus secuelas, permite establecer la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas, lo que de ningún modo implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez definida por la autoridad médica competente

En tal orden de ideas, realizado el conteo respectivo de semanas cotizadas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha del accidente (10 de febrero de 2016), se tiene un total de día cotizados a 546 equivalente a 78 semanas, encontrándose reunido el requisito de densidad de semanas cotizadas que lo hacen beneficiario del reconocimiento pensional.

Así las cosas, aun cuando la fecha del accidente, conforme las reflexiones consignadas a lo largo de la providencia, sirve como parámetro para establecer el requisito de densidad de cotizaciones realizadas hasta ese momento, dando alcance a la solicitud elevada en el libelo genitor sobre la fecha a partir de la cual se pretende el reconocimiento pensional, y considerando que el reconocimiento de la pensión de invalidez es incompatible con el pago de las incapacidades (Art 3° Dcto 917/99) así como con la devolución de saldos, en la medida que al actor le fue debidamente otorgada una incapacidad médico legal definitiva por ciento diez (110) días, que se solicita el reconocimiento a partir de la fecha de estructuración fijada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (18 de febrero de 2018) y que ya se realizó un pago por devolución de saldos (\$4.393.728), se dispondrá el

---

contexto, en situaciones como la presente, en la que la demandante acreditó una fecha de estructuración de la invalidez diferente a la del dictamen con el material probatorio que allegó al plenario y que demostró que las dolencias generadas por su accidente de origen común se agravaron después de los dictámenes que se le practicaron, el juez en su labor de dispensar justicia tiene el deber de establecer la data que corresponde, máxime cuando de la misma depende el reconocimiento de un derecho pensional fundamental e irrenunciable. No debe olvidarse que la legislación de la seguridad social también «se edifica sobre realidades y verdades» (CSJ SL413-2018). Incluso, de estimarlo necesario, puede hacer uso de las facultades oficiosas consagradas en los artículos 54 y 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

reconocimiento de la pensión de invalidez al demandante a partir del 18 de febrero de 2018, a razón de 13 mesadas al año en cuantía inicial de setecientos ochenta y un mil doscientos cuarenta y dos pesos mcte (\$781.242<sup>o</sup>) equivalente a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, junto con los incrementos legales anuales, teniendo en cuenta que ninguna pensión puede ser inferior al mismo y con base en el IBC certificado por la demandada en el historial por ella expedido.

## **DE LOS INTERESES MORATORIOS**

Señala el tenor literal del artículo 141: “**INTERESES DE MORA.** *A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.*”

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que el fondo de pensiones justifique su conducta con la aplicación de una norma sin tener en cuenta la interpretación que sobre el mismo aspecto ha realizado la Corte Suprema de Justicia, según lo ha explicado la CSJ, Sala Laboral, en sentencia SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012.<sup>4</sup>

En el presente asunto, frente al tema de los intereses moratorios, hay lugar a su imposición por cuanto no encuentra esta Sala motivos para separarse de la pacífica jurisprudencia que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia, sobre la procedencia de los intereses de que trata la norma aludida cuando se trata de mora en el reconocimiento y pago de la prestación, en la medida que el demandante estuvo privado de su derecho

---

<sup>4</sup> La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras.

a la pensión durante el tiempo que injustificadamente la demandada demoró el reconocimiento, quien fundó su negativa para el otorgamiento de la pensión en que el afiliado no tenía reunidas las 50 semanas de cotización dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de “estructuración”, calenda que, como quedó visto, no era la legalmente establecida como referente para dicho computo, como sí se predica de la fecha “del hecho causante de la invalidez”, al encontrarnos en presencia de una invalidez por accidente.

De tal suerte, como quiera que la reclamación pensional por invalidez fue elevada el 26 de junio de 2019 (fl 99-104) junto con los documentos correspondientes, desde esa fecha el Fondo contaba con cuatro (4) meses para resolver la solicitud pensional, sin embargo, de acuerdo a la documental que reposa a folios 106-107, dio contestación negativa el 16 de julio de 2019, incurriendo así en una tardanza, a todas luces, injustificada en el reconocimiento pensional, lo cual da lugar a su condena a partir del 26 de octubre de 2019 sobre las mesadas causadas y no pagadas y hasta que se verifique su inclusión efectiva en nómina de pensionados.

En suma, las mesadas ordinarias y adicionales causadas desde el 18 de febrero de 2018 y en adelante, deberán ser pagadas con los incrementos legales anuales establecidos por el Gobierno Nacional así como con los correspondientes intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos últimos causados a su vez desde el 26 de octubre de 2019 y hasta que se verifique el pago de las mesadas adeudadas.

De otra parte, al evidenciarse un pago realizado al actor por la demandada por concepto de devolución de saldos por valor de \$4.393.728 (fl 97), se autoriza a la demandada la deducción respectiva de dicha suma de dinero debidamente indexada, sobre las condenas dinerarias aquí ordenadas, autorización de descuento que también se extiende a los aportes de salud que deben efectuarse por disposición legal (Art. 143 de la Ley 100 de 1993, inciso 3 del artículo 42 del Decreto 692 de 1994), causados desde la fecha de reconocimiento pensional.

### **DE LAS COSTAS**

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada ante el resultado desfavorable a sus intereses en el recurso de apelación. La absolución de primera instancia se revoca para en su lugar imponer costas también a la demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 10 de agosto de 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de OSCAR ALIRIO CASTAÑEDA ROJAS en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para en su lugar **DECLARAR** que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen común, a partir del 18 de febrero de 2018, fecha de estructuración de la invalidez, en cuantía inicial de que no puede ser inferior al SMLMV vigente para la fecha (\$781.24200) junto con sus incrementos legales anuales y la mesada adicional de diciembre, al reunir el requisito de densidad de cotizaciones previsto en el numeral 2 del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., a pagar al demandante la pensión de invalidez de origen común a partir del 18 de febrero de 2018, fecha de estructuración de la invalidez, en cuantía que no puede ser inferior al SMLMV junto con sus incrementos legales y la mesada adicional de diciembre. Autorizando a la demandada para que, de dicho monto, realice los descuentos respectivos con destino al Sistema de seguridad Social en salud y por concepto de devolución de saldos que le había cancelado, debidamente indexado.

**TERCERO: CONDENAR** a PORVENIR S.A., al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde el 26 de octubre de 2019, sobre las mesadas pensionales debidas, y hasta que se verifique su pago efectivo con la respectiva inclusión en nómina.

**CUARTO: DECLARAR** no probada las excepciones propuestas por la demandada PORVENIR S.A.

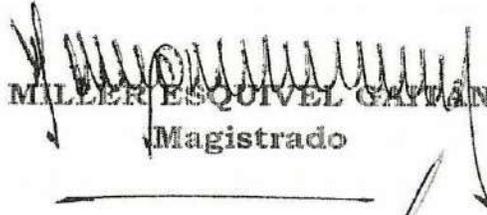
**QUINTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la demandada PORVENIR S.A. inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$2.000.000. Las de primera instancia se fijan a cargo de la demandada.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAYTÁN  
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**  
**Expediente: Rad. 110013105032201900113-01**

En Bogotá D.C., hoy Veintinueve (29) de abril de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

**SENTENCIA**

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 14 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **RUTH MARITZA AVELLA HERNANDEZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

**ANTECEDENTES**

RUTH MARITZA AVELLA HERNANDEZ, pretende que se declare lo siguiente: 1) que la AFP PROTECCIÓN S. A incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional, 2) que se declare nula e ineficaz la afiliación al RAIS efectuada a la AFP PROTECCIÓN S.A por entenderse que la falta de información por parte de esta vició el consentimiento, 3) que se

declare válidamente afiliada al RPMPD administrado en la actualidad por COLPENSIONES, y como consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión es nula e ineficaz y a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, se condene a esta última entidad a activar la afiliación en pensión y a recibir la totalidad de los aportes a pensión incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, lo que resulte ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 31 de marzo de 1965, inició sus aportes a pensión en el RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A el 1 de agosto de 2004, en el momento del traslado contaba con 39 años, el asesor de la AFP SANTANDER se presentó en su lugar de trabajo y le manifestó que el ISS se encontraba atravesando por un crisis financiera por lo que al permanecer en ese fondo sus aportes estarían en riesgo, pero no le informó la probabilidad que tendría de pensionarse en cada régimen, ni sobre cuál sería el monto de su pensión de vejez, tampoco le realizó una proyección pensional, no recibió extractos de sus aportes, PROTECCIÓN S. A no adelantó ninguna gestión de re-asesoramiento a fin de verificar si la mejor opción era permanecer en el RAIS o retornar en el RPMPD, COLPENSIONES no adelantó ninguna gestión tendiente a brindarle asesoría, la firma ADECCO SAS le hizo una proyección pensional donde en el RPMPD su mesada pensional sería aproximadamente de \$2.110.357 siendo superior a la del RAIS, razón por la cual elevó solicitudes de nulidad de traslado ante las demandadas siéndole negadas (fls 2-11).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron constarle, salvo los relacionados con la edad, su traslado a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A, la asistencia de los asesores comerciales de la AFP a su lugar de trabajo, sobre la devolución de saldos, las solicitudes elevadas a las demandadas para la anulación de la afiliación con sus respectivas respuestas.

**LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A** propuso las excepciones 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 y la genérica. (96-109 sub 203)

## **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la genérica. (170-183)

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 14 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante a través de PROTECCIÓN S.A, se condenó a esta última entidad a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, gastos de administración y el bono pensional si a ello hubiere lugar, se ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada al RPMPD sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz, se condenó en costas a PROTECCIÓN S.A y a favor de la demandante, se tasaron por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de 3 SMLMV, sin costas respecto de COLPENSIONES.

### **RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación con base en los siguientes argumentos:

**LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**, solicita que se revoque de manera parcial la sentencia de primera instancia frente a la comisión de administración por el tiempo en que ha estado afiliada a PROTECCIÓN S.A, lo anterior en razón a que esta comisión de administración es un descuento autorizado por la ley en donde permite realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados al sistema general de pensiones, el mencionado descuento se usa para cubrir los gastos de administración y opera en varios regímenes, tanto en el RAIS como en el RPMPD da como prueba en el expediente el certificado de rendimientos que presento PROTECCIÓN donde los aportes que realizó al RAIS generaron unas ganancias justo por la buena administración, adicionalmente descontando este concepto se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, por último estos dineros no se encuentran ya en la cuenta de ahorro individual por tanto se estaría hablando de un detrimento contra el patrimonio de PROTECCIÓN S.A.

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, insiste en que se revoque el fallo de primera instancia porque es un tercero en el acto jurídico celebrado entre la demandante y PROTECCIÓN S.A, por lo que al momento de dictar sentencia el juez de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica pues COLPENSIONES no puede verse perjudicada ni favorecida por la misma decisión.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido la apoderada de la parte actora insistió en la confirmación del fallo de primera instancia porque no logró acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una adecuada información y asesoría, asimismo el formulario de afiliación por sí solo no puede considerarse como prueba suficiente frente al elemento del consentimiento informado, necesario para la validez jurídica de los actos de traslado y afiliación.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

#### **CONSIDERACIONES**

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, **iii)** si PROTECCIÓN S.A está obligado a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación realizada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

#### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la

afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.*  
(Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de

la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

**Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.**

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**” (Negrilla fuera de texto).*

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre***

***que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 230 obra la solicitud de vinculación y traslado de Régimen de Prima Media a PROTECCIÓN S.A diligenciado el 11 de mayo de 2004 con fecha de efectividad del 1º de julio del mismo año, el que una vez cotejado con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS que consta a folio 229, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PROTECCIÓN S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora RUTH MARITZA AVELLA HERNANDEZ asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y

cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva -del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, dando lugar, inclusive a la devolución de la comisión de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa PROTECCIÓN S.A el 11 de mayo de 2004 con efectividad a partir del 1° de julio del mismo año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Últimamente, en lo atinente a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de los fondos demandados. Al tema conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

*“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.*

*(...)*

*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.*

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

*Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*

*(...)*

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.*

*En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem-.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.*

*Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el*

*recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.*

*Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».*

*(...)*

*Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”*

Por último, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar PROTECCIÓN S.A por la orden de trasladar a la demandante al RPMPD administrado por COLPENSIONES, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por RUTH MARITZA AVELLA HERNANDEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES. Fijese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL CAYÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA  
TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**  
**Expediente: Rad. 110013105003201800216-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de abril de 2022 fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

**SENTENCIA**

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 8 de julio de 2020 por el Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA LIGIA CAMPOS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**.

**ANTECEDENTES**

MARIA LIGIA CAMPOS, pretende que se declare la nulidad de la continuidad en la vinculación al RAIS administrada por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS toda vez que carece de validez por existir vicio del consentimiento del afiliado es decir error de hecho, se declare válida la voluntad de estar afiliada a COLPENSIONES y que COLFONDOS S.A es responsable de los perjuicios causados; y como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibir el traslado, las cotizaciones y rendimientos necesarios para tramitar en dicho régimen la pensión de vejez y que la misma se mantuvo sin disolución; se condene a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a los siguiente: 1) procesar y tramitar el traslado del RPMPD de forma inmediata,

2) asuma las consecuencias económicas y legales por la falta de información, diligencia y oportunidad en la asesoría en materia de pensiones, 3) a trasladar todas las sumas de dinero aportadas como son el 100% de los aportes, rendimientos, el valor deducido por concepto de cuota administradora, intereses, y demás deducciones realizadas, 4) a reconocer y pagar a título de indemnización de perjuicios la diferencia que pudiera existir entre los aportes realizados por el RAIS y los que deben acreditarse al RPMPD y lograr así obtener las semanas necesarias para su pensión de vejez, así mismo de las mesadas pensionales que no sean reconocidas por COLPENSIONES; lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 7 de junio de 1960, ha cotizado al sistema general de pensiones desde noviembre de 1995 hasta la fecha, se afilió a COLFONDOS S.A el 1° de septiembre de 2002 trasladándose del RPMPD al RAIS, el formulario de afiliación no contiene ningún anexo que indique que asesoría que le dieron, la afiliación a esta AFP carece de validez ya que dicha entidad no cumplió con su deber de información y buen consejo al momento de asesorar como producto de la falta de asesoría dan trámite a la afiliación y traslado de régimen, para el año 2017 cumplía con la edad de 57 años y más de 900 semana cotizadas requisitos exigidos por la ley para adquirir su estatus de pensionada, cuando transcurrieron los 5 años para retornar nuevamente al RPMPD ya había cumplido los 47 años, actualmente cuenta con 58 años de edad y supera las 900 semanas cotizadas, en el 2008 eleva solicitud de traslado de régimen el cual según su historia laboral fue admitida a COLPENSIONES, se encuentra multifiliada desde mayo de 2005 hasta agosto de 2014, COLFONDOS S.A redimió sin mediar notificación a la cotizante a favor de la AFP sin tener en cuenta la situación particular a quien le impidieron elegir la mejor opción para su vejez, la pensión que llegare a recibir por medio de la AFP está calculada en un monto variable es decir no tiene en cuenta el IPS sino la rentabilidad del fondo, asimismo le ocasiona un perjuicio económico a futuro pues le impidió desde ya tener una expectativa de pensión en dicha entidad pues se negó a realizar una proyección pensional, razón por la cual ha elevado solicitudes de nulidad de traslado a las demandadas siéndoles negadas. (fl 5-22 sub 69-70)

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y negando la mayoría de los hechos o manifestando no constarle, salvo los relacionados con la edad, su afiliación a COLFONDOS S.A, las solicitudes elevadas a las demandadas con su respectiva respuesta.

**COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS** propuso las excepciones que denominó como inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generan nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y

la genérica. (fls 90-120 )

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–** propuso las excepciones 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 art 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de la afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica (fl 182-202)

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 8 de julio de 2020, el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por COLFONDOS S.A realizado el 5 de julio de 2012 con efectividad a partir del 1° de septiembre del mismo año así como los traslados horizontales realizados con posterioridad entre el mismo régimen para entender vinculada a la demandante en forma válida al RPMPD, condenó en COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES los valores que recibió con motivo de la afiliación de la 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, ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de los aportes que efectúe COLFONDOS S.A para que proceda a activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiese traslado del RPMPD y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado; declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por cada una de las demandadas.

### **RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia con base en los siguientes argumentos:

**COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**, teniendo en cuenta que no es beneficiaria del régimen de transición y está inmersa en la prohibición legal, asimismo no existe ninguna prueba donde se evidencie engaño, dolo o coacción que alega, razón por la cual sus pretensiones no están llamadas a prosperar, finalmente, el traslado es plenamente válido, ya que no hay ningún vicio.

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES,** considera que no existe documental o prueba alguna donde se acredite la existencia de algún vicio del consentimiento que haya afectado la decisión libre o voluntaria de efectuar su traslado al RAIS, por lo que deberá declararse válida, asimismo en el interrogatorio de parte se evidencio que no fue diligente, también manifestó que el formulario de afiliación estaba suscrito por un tercero frente a lo cual ella no tuvo reparo alguno sino por el contrario decidió suscribirlo, da a entender que estaba convencida y segura que la información brindada iba hacer más beneficiosa a su situación pensional, afectando el principio de sostenibilidad financiera.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término legal la apoderada de la parte actora reitera que sea confirmada la sentencia en primera instancia, ya que el traslado efectuado no estuvo acompañado del deber de información, siendo el fondo el que soportaba la carga de la prueba de haber suministrado una información clara, completa y comprensible, sin que para acceder a la nulidad sea presupuesto ser beneficiario del régimen de transición o tener una expectativa legítima de pensión.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

### **CONSIDERACIONES**

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si es presupuesto para la declarar la nulidad ser beneficiario del régimen de transición **iii)** si el interrogatorio de parte y el formulario de afiliación fueron debidamente valorados determinando que debió tenerse por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado **iv)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de

Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus

condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello los administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió*

*el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 121 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, diligenciado el 5 de julio de 2002 con efectividad a partir del 1º de noviembre de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 132, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente recibió interrogatorio de parte del demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que en el año 2002 la citaron en el Hospital Engativá para recibir una charla cuando llegó se presentaron unos funcionarios de COLFONDOS S.A donde le informaron sobre la importancia de trasladarse a esta AFP porque el ISS se iba acabar y sus recursos iban a quedar volando, no le realizaron una comparación entre los regímenes, el asesor presentó un formato ya diligenciado, lo firmó pero no recibió una asesoría adecuada, en el momento del traslado le mencionó al funcionario

que tiene un hijo discapacitado obteniendo como respuesta que se iban a pensionar mejor que en el ISS, luego en el año 2007 se dirigió a una oficina de la AFP para saber si se podía pensionar pero le dijeron que no porque no cumplía con el capital ni con la edad, cotizaba a COLPENSIONES porque como no se acabó sino que cambió de razón social entonces lleno un nuevo formulario de afiliación y lo radicó, luego sin su autorización la trasladaron nuevamente a COLFONDOS S.A.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARIA LIGIA CAMPOS asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las

características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS el 5 de julio de 2000 con efectividad a partir del 1° de noviembre de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

#### **DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL RPMPD**

Aduce COLPENSIONES que no debió ordenarse aceptar o recibir la devolución que le realice el fondo privado con ocasión de la declaratoria de nulidad del traslado por cuanto tal situación afectaría el equilibrio financiero del RPMPD.

En tal sentido, basta indicar que en oposición a lo manifestado por el recurrente, ninguna lesión al principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones se genera con la determinación del A quo, habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí los recursos que debe reintegrar COLFONDOS S.A a COLPENSIONES sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

## **COSTAS**

Se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes ante el resultado desfavorable de su recurso. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

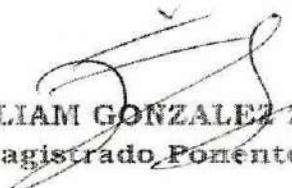
## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 8 de julio de 2020 por el Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARIA LIGIA CAMPOS en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en COSTAS de esta instancia a las demandadas la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS. Fijense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$1.000.000.00 para cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAITÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105011201900188-01**

En Bogotá D.C., hoy 29 de abril de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Pensión de invalidez – dictamen directo sin trámite previo a la solicitud pensional

**SENTENCIA**

Procede la a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada PORVENIR S.A contra la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2021, por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió OMAR CAMILO GUERRERO en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

**ANTECEDENTES**

OMAR CAMILO GUERRERO instauró demanda ordinaria laboral en contra del PORVENIR S.A, para que previa declaratoria de que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 3 de febrero de 2017 en cuantía no inferior al salario mínimo legal mensual vigente, se disponga su reconocimiento respecto a los intereses moratorios, a la indexación de las mesadas pensionales y reajustes anuales de ley; además de las costas del proceso.

Como fundamento de su pedido afirmó, en síntesis, que nació el 8 de noviembre de 1980; tiene estudios de “administración agropecuaria”, vive en unión libre con la señora JENNY MILENA NIETO VALBUENA y tienen un hijo; ha estado vinculado laboralmente con la empresa privado, no sufría de ningún síntoma hasta que de un momento a otro comenzó a presentar síntomas

obsesivo compulsivos “*diagnosticado como un TOC múltiple severo, cuyos ciclos de repetición se activa con colores, palabras y ruidos*”, anomalía mental que fue valorada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 7 de junio de 2017, dictaminando una discapacidad del 57%; el 22 de agosto del 2017 solicitó a PORVENIR el reconocimiento de la pensión de invalidez por riesgo común, obteniendo respuesta negativa el 28 de agosto de la misma calenda. (Fls. 6-13)

## **CONTESTACIÓN**

Notificada en legal forma PORVENIR S.A., dio contestación con escrito de folios 61 a 242 en donde se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, negó o manifestó no constarle la mayoría de los hechos, salvo el relacionado con la edad del demandante. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocer y pagar la pensión de invalidez, falta de cumplimiento de los requisitos legales, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y genérica.

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 10 de agosto de 2021, resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** que al señor Omar Camilo Guerrero le asiste derecho al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez de origen común a partir del 4 de febrero de 2017, a cargo de PORVENIR S.A.

**SEGUNDO: DECLARAR** no probadas las excepciones de mérito propuestas por el apoderado judicial de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Porvenir SA.

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Porvenir SA a pagar en favor del demandante Omar Camilo Guerrero pensión de invalidez de origen común, en cuantía inicial de \$881.015.63, a partir del 4 de febrero de 2017, y hasta que subsista su condición de invalidez, por 13 mesadas al año, junto con los incrementos legales que año que el gobierno nacional decreta para las pensiones y los intereses moratorios causados conforme lo establecido en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 23 de diciembre de 2017, conforme a la exigibilidad de las mesadas pensionales adeudadas y hasta que se verifique su pago. El valor correspondiente al retroactivo pensional, en la suma de \$55.429.123,13, con corte al 31 de agosto de 2021. Autorizando a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Porvenir SA para que, de dicho monto, realice los descuentos respectivos con destino al Sistema de seguridad Social en salud.

**CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Porvenir SA, fíjense como agencias en derecho suma equivalente a CINCO (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del demandante. **CONDENAR** en costas a la parte demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Porvenir SA, fíjense como agencias en derecho suma equivalente a

*CINCO (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del demandante.”*

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación en procura de que sea revocada en su integridad la sentencia de primera instancia, pues como lo manifestó al dar contestación a la demanda, la pensión de invalidez ahora concedida al demandante lo fue conforme al dictamen allegado (fl 18 y ss), y si bien es cierto podía haber sido atacado en el presente proceso, también lo es que la Corte Suprema ha dicho que los trámites establecidos en la ley lo son para proceder a la calificación de una persona y determinar si ostenta la condición de invalidez y por tanto tiene derecho a su reconocimiento; en este caso con las pruebas que obran en el expediente se tiene demostrado que el demandante no solicitó que su EPS emitiera un concepto favorable o no de rehabilitación y, por ende, se iniciara el procedimiento consagrado en el Decreto 019 de 2012 que desarrolló la ley 100 de 1993 y es que pudiese PORVENIR conocer primero lo solicitado, con lo que se le negaron las oportunidades que la misma ley consagra; trámites que no se pueden pasar porque han sido establecidos para ambas partes y ejercer el derecho dentro del proceso de calificación de PCL; y como el demandante ni siquiera fue a su EPS, PORVENIR no tuvo ninguna oportunidad de contradecir el dictamen al momento de la calificación en julio de 2017, esto es, hace más de 4 años, por lo tanto para este momento es contrario afirmar que tiene una pérdida de más del 50%. De otra parte, en caso de mantenerse la condena del reconocimiento pensional, se solicita la absolución de los intereses moratorios por las mismas razones antes señaladas ya que aquí no se cumplió el trámite que ha establecido la ley por lo que PORVENIR no tuvo la oportunidad en el momento en que la junta hizo la calificación, de activar todas las herramientas que la ley le da para contradecirlo y por lo menos presentar recurso contra el mismo, procediendo sólo la indexación.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido la demandada insistió en la revocatoria de la decisión de primera instancia conforme los argumentos de su recurso, reiterando que el actor jamás le elevó petición para que le practicara valoración a su salud, ni tampoco solicitó la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

## CONSIDERACIONES

Como quiera que la parte recurrente no controvierte los argumentos relacionados con los requisitos para el otorgamiento de la pensión de invalidez al demandante, que encontró demostrados la A quo, en especial, el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, la densidad mínima de cotizaciones, la fecha de estructuración de la invalidez y su origen, dado que su reproche lo dirigió exclusivamente a la ausencia del trámite establecido en la ley previo a esta demanda para el reconocimiento de la pensión de invalidez, con lo cual estima que no se le garantizó el derecho a controvertir el dictamen y con él tanto el reconocimiento de la pensión de invalidez como el de los intereses moratorios, la Sala se ocupara de tal aspecto al tenor de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS.

### **DEL DICTAMEN QUE CALIFICÓ LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL DEMANDANTE**

El artículo 41 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, prevé que *“el estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.”*, precisando que en caso de que no se esté de acuerdo con la primera oportunidad de determinación de la pérdida de capacidad laboral y calificación del grado de invalidez y el origen de estas contingencias, dentro de los 10 días siguientes debe el interesado manifestar su inconformidad y luego de ello la entidad competente (el Fondo Pensional, las Administradoras de Riesgos Profesionales – ARP hoy ARL-, o las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS) deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los 5 días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de 5 días. Indicando dicha norma que *“El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.”*

A su vez, el Decreto 2463 de 2001 *“por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez”* en su artículo 9º, enseña que: *“Los dictámenes rendidos por estas Juntas constituyen el fundamento mediante el cual las respectivas entidades deciden sobre el reconocimiento y pago de pensiones de invalidez; en consecuencia, para emitir los referidos dictámenes, las Juntas de Calificación deben realizar una valoración completa del estado de salud de la persona cuya invalidez se*

*dictamina por medio de un examen físico y teniendo en cuenta todos los fundamentos de hecho que deben contener los dictámenes, es decir, la historia clínica (antecedentes y diagnóstico definitivo), reportes, valoraciones, exámenes médicos, evaluaciones técnicas y en general todo el material probatorio que se relacione con las deficiencias diagnosticadas.”*

Y el Decreto 1507 del 12 de agosto de 2014 “Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional” precisó que se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, a los trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes y del sector privado en general, independientemente de su tipo de vinculación laboral, clase de ocupación, edad, tipo y origen de discapacidad o condición de afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral, para determinar la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional de cualquier origen.

Ordenamiento en cita del que fácil es colegir que si bien la ley ha otorgado a las Juntas de Calificación de invalidez competencia para expedir dictámenes de pérdida de la capacidad laboral, regulando el procedimiento que debe seguirse, de ningún modo tal ordenamiento comporta para los afiliados y las entidades intervinientes en la determinación de la invalidez una limitación frente al legítimo derecho con el que cuentan los ciudadanos para reclamar judicialmente los mismos<sup>1</sup>, pudiendo entonces afirmarse válidamente que aun cuando con los dictámenes se certifica la incapacidad laboral “*estos no tienen la virtud de resolver de manera definitiva las controversias surgidas en torno al grado de invalidez ni de producir efectos de cosa juzgada*”<sup>2</sup>, lo que evidentemente permite su contradicción dentro de la actuación judicial, ya que no se constituyen prueba solemne de modo que consigue ser controvertido ante los jueces del trabajo<sup>3</sup>, y por ello existe libertad probatoria para acreditar la condición de invalidez, en otras palabras, el estado de invalidez de un trabajador se puede establecer mediante la valoración científica de las Juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional, pero de ningún modo ello comporta la inmutabilidad de los dictámenes, en la medida que la misma ley (Art 142 del Decreto 19 de 2012) permite que puedan ser desvirtuados con otros que emitan las entidades allí previstas.

De tal suerte, si bien el promotor de esta actuación acudió de manera directa a la práctica del dictamen presentado dentro de estas diligencias identificado con el No. 7317027-3508 del 7 de julio de 2017 (fls 22-26) y con fundamento en su contenido fue que solicitó a PORVENIR S.A el 22 de agosto de 2017 el reconocimiento pensional (fl 32-36), lo cierto es que mal puede aducir dicha

<sup>1</sup> Como así lo expuso la H. CSJ en sentencia SJ SL 17187 del 27 de noviembre de 2001 cuando señaló que la gestión que se realiza ante la junta de calificación de invalidez para establecer la pérdida de capacidad laboral no es un requisito de procedibilidad para que se reconozca la pensión de invalidez, pues la parte interesada en la valoración médica puede también acudir directamente ante la jurisdicción ordinaria laboral, y más recientemente en la sentencia SL 1044-2019 con radicación No. 68074 del 20 de marzo de 2019 en el sentido de indicar que la falta de notificación a la demandada por parte del trabajador del trámite de pérdida de capacidad laboral ante la junta de calificación de invalidez, no implica una restricción del derecho de defensa y contradicción de aquella, pues dicho dictamen lo puede debatir cuando se allega al plenario o dentro del proceso laboral solicitar la expedición de uno nuevo en la contestación de la demanda.

<sup>2</sup> CSJ SL-23492021, radicado No. 83859 del 28 de abril de 2021.

<sup>3</sup> CSJ SL5280-2018 y SL 29622 del 19 de octubre de 2006.

sociedad la falta de oportunidad para su contradicción y sobre esa base para restarle eficacia en este proceso y negar el derecho pensional, cuando fue nula su actividad en el momento en el que tuvo conocimiento del estado de salud de su afiliado y en el curso de este proceso, al punto de que al momento de la solicitud pensional limitó la respuesta a señalar que negaría la prestación simplemente porque el trabajador no había adelantado el trámite establecido en la ley para la reclamación, desconociendo con tal proceder la posibilidad, si en verdad consideraba que era presupuesto necesario para el estudio de fondo, de realizar directamente los trámites de remisión a las entidades que estimaba competentes, dando prelación con ello a un trámite eminentemente administrativo sobre un dictamen legalmente emitido que le exigía un pronunciamiento sustancial y no formal, en contravía de los postulados legales y constitucionales que regulan la seguridad social. Amén de que olvida la AFP recurrente que cuando la Junta Regional actúa como perito, no procede recurso alguno contra su decisión, en los precisos términos del artículo 1º, numeral 3 del Decreto 1352 de 2013<sup>4</sup> *“Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones.”*, lo cual desvirtúa de plano su argumento, máxime considerando que no transcurrió ni un mes y medio entre la fecha del dictamen y la de la solicitud pensional .

Sin perjuicio de lo anterior, también se observa que PORVENIR S.A no hizo uso del derecho que le asistía al interior de este proceso de controvertir el estado de invalidez, cuya declaratoria se procuraba el demandante, a través de los distintos mecanismos previstos en la ley para desquiciar el dictamen allegado como prueba de esa situación, como expresamente lo contempla el artículo 228 del CGP, esto es, requiriendo al perito o aportando otro dictamen.

Desde esa perspectiva es claro que no le asiste razón a la censura para oponerse al reconocimiento de la pensión de invalidez concedida en primera instancia al actor, pues contó con más de una oportunidad para debatir las conclusiones realizadas por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en el dictamen por ella elaborado.

Otro tanto se predica de su inconformidad frente al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, éstos se causan en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esa Ley, como aquí aconteció, donde pese a que el afiliado presentó la solicitud con la documentación que acreditaba el derecho pensional, la entidad demandada se negó al reconocimiento aduciendo razones que no responden a una justificación válida, según lo ha explicado la

---

<sup>4</sup> **“ARTÍCULO 1º. Campo de aplicación.** El presente decreto se aplicará a las siguientes personas y entidades:  
(...) 3. De conformidad con las personas que requieran dictamen de pérdida de capacidad laboral para reclamar un derecho o para aportarlo como prueba en procesos judiciales o administrativos, deben demostrar el interés jurídico e indicar puntualmente la finalidad del dictamen, manifestando de igual forma cuáles son las demás partes interesadas, caso en el cual, las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez actuarán como peritos, y contra dichos conceptos no procederán recursos, en los siguientes casos:

- a) Personas que requieren el dictamen para los fines establecidos en este numeral;
- b) Entidades bancarias o compañía de seguros;
- c) Personas con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en la Ley 418 de 1997.

**PARÁGRAFO.** Se exceptúan de su aplicación el régimen especial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, salvo la actuación que soliciten a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez como peritos.”

CSJ, Sala Laboral, en sentencia SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012.<sup>5</sup>

Bastan las anteriores reflexiones para confirmar la sentencia proferida la A quo.

### **DE LAS COSTAS**

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada ante el resultado desfavorable a sus intereses en el recurso de apelación. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2021, por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió OMAR CAMILO GUERRERO en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la demandada PORVENIR S.A. inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

---

<sup>5</sup> La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ EULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL CAYMÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado