

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HÉCTOR MARÍA ZAMBRANO  
BARRERA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-  
COLPENSIONES Rad. 2018 – 00571 Juz. 01.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**HÉCTOR MARÍA ZAMBRANO BARRERA** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en los folios 4 - 5 (demanda) y 48 - 49 (subsanación) del archivo 01 del expediente digital.

**PRETENSIONES PRINCIPALES**

- Condenar a Colpensiones al pago del incremento del 14% por personas a cargo.
- Retroactivo.
- Indexación.
- Uso de facultades ultra y extra petita.

**PRETENSIONES SUBSIDIARIAS**

- Pago de intereses moratorios.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 - 4 (demanda) y 48 (subsanación) del archivo 01. El ISS hoy COLPENSIONES mediante resolución No. 010826 del 2000, le reconoció pensión de vejez a partir del 23 de marzo del 2000, dicha pensión fue reconocida bajo los parámetros del Art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, por cuanto era beneficiario del régimen de transición dispuesto en el Art. 36 de la Ley 100/1993. Indicó que contrajo matrimonio con Rosalía Herrera Villegas el 17 de marzo de 2007, momento desde el que conviven de manera permanente e ininterrumpida bajo el mismo techo y lecho, dependiendo la señora Herrera de la prestación reconocida al actor, ya que no trabaja ni cuenta con un ingreso económico habitual. En la resolución por la cual se reconoció la prestación de vejez no se concedió el incremento pensional por personas a cargo consagrado en el Art. 21 del Decreto 758 de 1990, el cual, no ha sido derogado.

El 22 de junio de 2018 presentó reclamación ante COLPENSIONES a fin de que se reconociera el incremento del 14%, sin embargo, la entidad pública mediante comunicación del 23 de junio de 2018 negó la solicitud.

### **Actuación Procesal**

Mediante proveído del 29 de noviembre de 2018 (Fl. 23 archivo 01) el Juzgado Primero Laboral del Circuito ordenó la remisión del plenario al Juez Municipal de Pequeñas Causas Laborales, por cuanto consideró que el proceso es de única instancia. Remitido el proceso al área de reparto, le correspondió al Juzgado Sexto (06) Municipal de Pequeñas Causas Laborales, quien en proveído del 20 de noviembre de 2019 (Fl. 32 archivo 01) propuso el conflicto negativo de competencia, por considerar que la cuantía de las pretensiones superaba los 20 SMLMV.

En decisión del 8 de junio de 2020 (Fls. 38 y 39 archivo 01) con ponencia del Dr. José William González Zuluaga, la Sala por decisión mayoritaria declaró competente al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, por lo cual, le ordenó que avocara conocimiento de las diligencias.

Admitida la demanda por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del once (11) de febrero de dos mil veintiuno (2021) (Fl. 69 archivo 01) y corrido el traslado, **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 75 a 78 del archivo 01 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de la resolución que reconoció la pensión al actor, la normativa aplicable a su caso, el matrimonio del demandante, el no reconocimiento del incremento, la reclamación presentada por Zambrano Barrera y la respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado Primero Laboral del circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo del 7 de abril de 2022, en la cual dispuso:

**"PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de fondo inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, formulada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

**SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por el actor Sr. HÉCTOR MARÍA ZAMBRANO BARRERA, de conformidad con lo expuesto en precedencia.**

**TERCERO: CONDENAR en costas al demandante señor HÉCTOR MARÍA ZAMBRANO BARRERA tásense por secretaría.**

**CUARTO: Enviar el presente expediente en el grado jurisdiccional de consulta ante el H. Tribunal Superior de Bogotá – sala laboral."**

Llegó a esta determinación por cuanto conforme a la sentencia SU-140 de 2019 los incrementos pensionales se encuentran derogados orgánicamente a partir de la expedición de la Ley 100/1993 y, por cuanto, dicho pronunciamiento es vinculante y debe aplicarse independiente de pronunciamientos de otras corporaciones que difieran de dicho criterio, debe aplicarse dicha jurisprudencia al caso particular, al haberse reconocido la prestación de vejez con posterioridad a la entrada de la Ley 100/1993, razones por las cuales se originó la absolución de las pretensiones. Sobre

las excepciones las declaró probadas dadas las resultas del proceso y sobre costas por cuanto el demandante fue la parte vencida del proceso, ordenó su condena.

### **Recurso de Apelación**

Ninguna de las partes presentó recurso de apelación, por tanto, el plenario fue remitido a fin de surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta.

### **Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Guardó silencio.

**Parte demandada:** Solicitó se confirme la decisión por cuanto el incremento solicitado por el demandante fue derogado orgánicamente al momento de entrar en vigencia la Ley 100/1993.

### **CONSIDERACIONES**

Conforme al Art. 69 del CPTSS al ser adversa la decisión de primera instancia a las pretensiones del demandante y por cuanto no fue presentado recurso de apelación, procede la Sala a conocer del Grado Jurisdiccional de Consulta.

### **Reclamación Administrativa**

Si bien no fue allegado el escrito presentado por la parte actora, conforme respuesta de correo electrónico del 22 de junio de 2018 (Fl. 68 archivo 01), soporte de radicación generado por Colpensiones de la misma fecha (Fl. 19 archivo 01) y respuesta dada por la entidad pública el 23 de junio de 2018 (Fl. 55 archivo 01) en la cual dan respuesta a la petición de: "*por medio de la presente me permito solicitar el incremento en mi pensión del 14% por mi cónyuge, toda vez que soy beneficiario del régimen de transición*" concluye la Sala, que la reclamación administrativa fue agotada en legal forma como lo dispone el Art. 6 del C.P.T. y S.S.

### **Status de pensionado del demandante**

No se controvierte que el demandante es beneficiario del régimen de transición, pues nació el 23 de marzo de 1940 (fl. 61 archivo 01) luego para la entrada en

vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 54 años de edad, por lo que la prestación fue reconocida mediante Resolución No 010826 de 2002 (fls. 17 y 63 archivo 01) bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 en virtud del referido beneficio, a partir del 23 de marzo del 2000, en cuantía de \$450.147 con base en 1.189 semanas cotizadas.

### **Vigencia y exigibilidad de los Incrementos Pensionales**

Frente a la vigencia y exigibilidad de los incrementos pensionales La Sala aclara que hasta hace poco tiempo acogía el criterio de La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que considera que los incrementos pensionales por personas a cargo consagrados en el Acuerdo 049 de 1990, continúan vigentes y son de plena aplicación en los casos de pensiones reconocidas bajo esa normativa, ya sea porque la pensión se causó durante su vigencia o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en virtud del régimen de transición, al considerar que esta última norma no los reguló en forma expresa ni los derogó y en virtud de la aplicación de los principios de favorabilidad e inescindibilidad, criterio que en este aspecto compartía la Corte Constitucional. No obstante, no puede pasar desapercibido que en sentencia SU 140 de 2019 la H. Corte Constitucional recogió tal criterio para en su lugar limitar su aplicación solo a aquellas personas que hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, ya que esta última normativa derogó de manera orgánica tales incrementos aun para los beneficiarios del régimen de transición previsto por el artículo 36 ibídem, además de considerar que su reconocimiento va en contravía del Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política<sup>1</sup>, criterio que acoge La Sala y por consiguiente se entrará a verificar la fecha en que el demandante cumplió los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, para así determinar el eventual derecho a los citados incrementos.

Precisado lo anterior, en el caso que nos ocupa se tiene que la pensión de vejez como ya se precisó fue reconocida mediante Resolución No. 010826 del 2000 (fls. 17 y 63 archivo 01) a partir del 23 de marzo del 2000, fecha para la cual los incrementos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 ya se encontraban derogados, tal como fue señalado por la Corte Constitucional en la sentencia antes referida, por lo que se concluye que su aplicación resulta inviable y le asiste razón al A quo para absolver de las pretensiones de la demanda, independientemente de que se haya

demonstrado o no la dependencia económica de la señora Rosalía Herrera Villegas respecto de su cónyuge, el aquí demandante.

Bajo estas razones, La Sala **CONFIRMA** la absolución de COLPENSIONES de las pretensiones incoadas.

### **COSTAS**

Las de primera se **CONFIRMAN**. Sin costas en la alzada al surtirse el Grado Jurisdiccional de Consulta.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, el 7 de abril de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

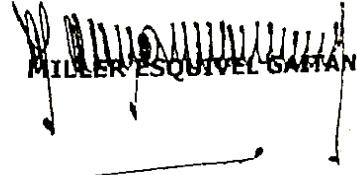
**COSTAS.** Las de primera se **CONFIRMAN**. Sin costas en la alzada al surtirse el Grado Jurisdiccional de Consulta.

### **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS ENRIQUE TORRES GONZÁLEZ CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.** Rad.

**2019 – 00112 01. Juz. 34.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**CARLOS ENRIQUE TORRES GONZÁLEZ** demandó a la **AFP COLFONDOS S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 60 y 61 (demanda) y 72 y 73 (subsanación) del expediente.

**DECLARATIVAS**

- Nulidad del traslado y afiliación entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.

- Traslado de aportes.
- Reconocimiento de pensión de vejez conforme al Art 33 de la Ley 100/1993.
- Nulidad de los traslados horizontales.

## **CONDENATORIAS**

- Pago de perjuicios morales a cargo de COLFONDOS.
- Activación de la afiliación al RPM.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 58 a 60 del expediente. Nació el 15 de diciembre de 1956, se trasladó del RPM al RAIS administrado por COLFONDOS en agosto de 1996, quien le manifestó que podría pensionarse a una edad menor a la requerida en el ISS y que obtendría una mesada pensional mayor, además, que el ISS estaba en crisis económica, lo cual, lo motivó a afiliarse al fondo privado. Explicó que no recibió información adicional, ni le fueron explicadas las condiciones específicas para obtener los beneficios mencionados anteriormente.

Luego de realizada una proyección pensional en ambos regímenes, la mesada pensional obtenida conforme las condiciones del RPM es ampliamente mayor a la que podría obtener en el RAIS, por lo que, el 22 de octubre de 2018 radicó ante COLFONDOS solicitud de nulidad de la afiliación realizada al RAIS. En total, ha cotizado 1640 semanas.

## **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta ciudad el 9 de agosto de 2019 (Fl. 77), el A quo ordenó la vinculación como litis consorte necesario a **COLPENSIONES**, por lo que, corrido el traslado, la

Proceso ordinario No. 2019 00112 01 Juz. 34 de CARLOS ENRIQUE TORRES GONZÁLEZ CONTRA COLPENSIONES, COLFONDOS, PORVENIR Y SKANDIA.

demandada COLFONDOS y el litis consorte necesario COLPENSIONES contestaron de la siguiente manera:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,**  
en los términos del escrito visible a folios 106 a 123 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del actor.
- Formuló como excepciones de mérito; descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.**, dio respuesta visible a folios 135 a 161 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó/no le consta ningún hecho.
- Formuló como excepción previa la de falta de integración del Litis Consorcio necesario por pasiva.
- Como excepciones de fondo; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y genérica.

Mediante auto del 22 de enero de 2021 (archivo 03 Exp. Digital) la A quo en el numeral tercero del proveído ordenó la vinculación de la **AFP PORVENIR S.A.**, por cuanto el actor estuvo afiliado a HORIZONTE y PORVENIR es la entidad que

absorbió todos sus negocios y afiliados, dicha entidad contestó el libelo conforme se desprende del escrito visto a folios 2 a 22 del archivo 09 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Mediante auto del 30 de agosto de 2021 numeral 2 se ordenó la vinculación como Litis consorte necesario a **SKANDIA S.A.**, por cuanto el actor también estuvo vinculado a dicha entidad, por lo tanto, una vez notificada, contestó la demanda conforme se vislumbra a folios 3 a 16 del archivo 15 del expediente digital.

- Se opuso a la mayoría de pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de fondo; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción de la acción, buena fe y genérica.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 21 de abril de 2022 mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

**"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el actor **CARLOS ENRIQUE TORRES GONZÁLEZ**, el 17 de julio de 1996, del RPM al RAIS, efectuado a través de la afiliación a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** y los consecuentes traslados horizontales efectuados ante la **SOCIEDAD AFP SKANDIA S.A.** y la **SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A.****

**SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.**, a reintegrar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante **CARLOS ENRIQUE TORRES GONZÁLEZ**, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, **SIN LUGAR** a descontar valores por concepto de administración.**

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

**CUARTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir todos los valores que reintegre **PORVENIR S.A.**, con motivo de la afiliación de **CARLOS ENRIQUE TORRES GONZÁLEZ**, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.**

**QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada **COLFONDOS S.A.**, liquídense por secretaría incluyendo la suma de **1 SMLMV** por concepto de agencias en derecho.**

**SEXTO: ABSOLVER de las pretensiones de la demanda a la pasiva por las razones expuestas en las precedentes consideraciones.**

**SÉPTIMO: Conceder en caso de no ser apelado el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de **COLPENSIONES**, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L."**

Llegó a esta determinación por cuanto COLFONDOS no acreditó que haya cumplido con el deber de información conforme las reglas fijadas por la jurisprudencia de la

SL CSJ y, dado que simplemente se allegó el formulario de afiliación para acreditar el cumplimiento del mencionado deber no se puede entender que solo con la firma de dicho documento se crea que el demandante conocía todas las características del RAIS. Sobre el interrogatorio absuelto por el actor, adujo que no se desprende confesión alguna que sostenga la teoría de las demandadas o que demuestre que el actor realmente conocía todas las condiciones del RAIS, por lo que procede la declaratoria de ineficacia y la aplicación de las consecuencias propias de la ineffectuación dispuestas por la SL CSJ.

Al encontrar el acto de afiliación al RAIS ineffectuado, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, en especial la de prescripción, por cuanto la situación acá discutida hace parte del derecho fundamental a la seguridad social, el cual es imprescriptible.

Sobre los perjuicios morales solicitados por el actor, indicó que no se demostró de alguna forma la causación de dichos perjuicios, más aún cuando desistió de los testigos decretados, por lo que absolvió de dicha pretensión a las demandadas.

Consideró improcedente la pretensión de reconocimiento de pensión, por lo que, aun no han sido trasladados los recursos de la cuenta del actor a COLPENSIONES, momento en el cual, si se puede entrar a estudiar la procedencia o no del derecho reclamado por parte de la entidad pública.

### **Recurso de apelación**

**COLPENSIONES:** Indicó que el traslado fue válido conforme la legislación de la época, que no contaba con una expectativa legítima ni era beneficiario del régimen de transición, que en ningún momento se acercó a conocer su estado pensional y que la permanencia prolongada en el RAIS y los traslados horizontales reafirman su voluntad de permanecer en los fondos privados, situación que también se

corrobora con las respuestas dadas en el interrogatorio. Por otra parte, manifestó que con la decisión se genera una descapitalización del Sistema General de Pensiones al beneficiarse de las condiciones del RPM sin haber cotizado en ningún momento al fondo común.

Solicitó se confirme la decisión de la absolución de costas y agencias en derecho por no haber intervenido en el acto jurídico que se declaró ineficaz.

**PORVENIR:** Indicó que el traslado fue válido conforme a las normas que regían la materia para ese momento, además, que, no era posible realizar una proyección pensional por la variación en los montos de las cotizaciones, los cuales no se podían saber para ese momento, por lo que, no puede tenerse como falta al deber de información dicha situación. Por otro lado, adujo que el formulario era el único documento válido y obligatorio para el momento del traslado, por tanto, no puede solicitarse otra prueba escrita, además, que la apreciación del interrogatorio de parte fue errada por parte de la A quo y que no se evaluaron las condiciones particulares del caso tal como lo dispuso la CSJ SL.

Respecto a la orden de devolver todos los aportes del demandante, indicó que no es el fondo que cometió las presuntas infracciones que conllevaron a la declaratoria de ineficacia, además, que la orden de retornar los gastos de administración y sumas descontadas por seguro previsional, dichos descuentos son originados por una disposición legal, además que son como consecuencia de una buena gestión de administración de los recursos de la demandante, indicó que con dicha orden se genera un enriquecimiento sin causa a favor del actor y de COLPENSIONES al recibir sumas que no son destinadas a la financiación de una prestación de vejez.

Solicitó la revocatoria total de la decisión y, por consiguiente, la revocatoria de la condena en costas.

**Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Indicó que la decisión de primera instancia se encuentra ajustada a derecho y a los precedentes jurisprudenciales, por lo tanto, la declaratoria de ineficacia debe confirmarse.

**Parte demandada.**

**COLPENSIONES:** En resumen, reiteró los argumentos expuestos en su recurso, solicitó se condicione el cumplimiento de la sentencia hasta tanto no se produzca la devolución de todos los valores de la cuenta de ahorro individual (apreciación no realizada en la sustentación del recurso) y pidió no ser condenada en costas en la instancia.

**PORVENIR:** Reiteró los argumentos expuestos en la alzada.

**SKANDIA:** Guardó silencio.

**COLFONDOS:** Guardó silencio.

**CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de inefficacia del traslado de régimen, la orden de devolver las sumas descontadas por gastos de administración y cuotas de seguro

Proceso ordinario No. 2019 00112 01 Juz. 34 de CARLOS ENRIQUE TORRES GONZÁLEZ CONTRA COLPENSIONES, COLFONDOS, PORVENIR Y SKANDIA.

previsional impartida contra PORVENIR y la condena en costas contra dicha entidad.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 29 de junio de 2019 (Archivo PDF 11 del expediente administrativo del actor, que se encuentra en la carpeta 01 del Exp. Digital) en la que solicitó la nulidad del traslado al RAIS, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 17 de julio de 1996, cuando solicitó su afiliación a la AFP COLFONDOS S.A., conforme se denota del formulario de afiliación visto a folio 46 del expediente físico, posteriormente, se afilió a SKANDIA el 1 de septiembre de 1999, conforme lo indica el formulario visible a folio 31 del archivo PDF 15 del expediente digital y, finalmente se afilió a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 5 de agosto de 2002 como lo denota el formulario visto a folio 47 del expediente físico, afiliación que se encuentra vigente.

### **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el

régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS S.A. el 17 de julio de 1996, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.** La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con

---

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento. Ahora bien, el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

---

<sup>3</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanen de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

Nada de lo anterior demostró la AFP COLFONDOS S.A., ya que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado, como tampoco lo es la permanencia en el tiempo en el RAIS o los traslados horizontales efectuados, como lo pretende hacer ver COLPENSIONES. Por lo anterior, la AFP no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Es menester precisar que la omisión o falta al deber de información no se subsana de ninguna forma por el hecho de que el demandante conociere algunas de las características del RAIS o del RPM, además, la permanencia por un lapso de tiempo en el RAIS ni los traslados horizontales entre fondos tampoco acreditan que dicho deber haya sido satisfecho a cabalidad, ni mucho menos ratifica o convalida ninguna situación como lo pretende resaltar PORVENIR y COLPENSIONES, así lo ha indicado la SL CSJ en diversos pronunciamientos, de los cuales se destaca la SL 853-2022 M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado:

*"Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar."*

*Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sanea con: **i) la***

**«desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.”** (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Respecto del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, quien manifestó ser médico cirujano, inició su vida laboral en el año 1982 en el Hospital San Vicente de Paul del municipio de San Juan de Ríoseco (Cundinamarca), misma época en la que inició sus cotizaciones a pensión en CAPRECUNDI, estuvo en el ISS a partir de 1994 cuando pasó a trabajar con laboratorios GENFAR, sobre su traslado a COLFONDOS adujo que se iniciaron a realizar una serie de reuniones grupales, indicó que le llamó la atención lo manifestado por el asesor de COLFONDOS a pesar de que, en ese momento, no era su prioridad el tema pensional, por lo que escuchó la oferta del fondo privado y todas las ventajas que le manifestaron, razón por la cual aceptó y firmó el formulario. Sobre la información que le brindaron dijo que “fue una presentación magistral” donde explicaron la Ley 100 y la nueva modalidad pensional, le dijeron que sus aportes iban a una cuenta de ahorro individual y servían para realizar algunas inversiones y así obtener unos rendimientos financieros y luego, le indicaron que podía pensionarse a una edad inferior que la del Seguro Social, con dicha información decidió trasladarse de régimen, no le brindaron ninguna otra. Indicó que no le entregaron manual o reglamento de COLFONDOS al momento de la afiliación, no le realizaron cálculo actuarial o proyección pensional. Respecto al traslado a SKANDIA, no recuerda cómo conoció dicha entidad, sin embargo, adujo que su cambio se dio porque requería tramitar su bono pensional y COLFONDOS no le colaboró con dicha situación, no recuerda la asesoría que le brindaron, solo diligenció el formulario, tampoco le entregaron manual o reglamento de dicho fondo, recibió extractos de su cuenta y ocasionalmente los revisaba. En atención al traslado realizado con PORVENIR, dijo que le ofrecieron abrir un “fondo de pensiones voluntarias”, por lo que se afilió también al fondo de pensiones

obligatorias, que solamente le dijeron esa situación y le entregaron el formulario para firmarlo pero que, no recibió asesoría adicional, no recuerda que le hayan entregado el reglamento a PORVENIR o el modelo pensional, tampoco le realizaron cálculo actuarial o proyección pensional hasta cuando cumplió la edad y semanas de cotización que le indicaron la suma probable de su mesada pensional. Al momento de dejar de ser empleado cotizó por diferentes montos, ya que cotizaba como dependiente unos meses y después cotizaba como independiente por un salario un poco mayor que el mínimo, sin embargo, cuando era empleado constante cotizaba por cifras altas. Cuando cumplió 52 años no sabía que existía la imposibilidad de retornar al RPM, y por cuanto no era beneficiario del régimen de transición por pocos meses, no le fue permitido el retorno al fondo público. Indicó que no ha solicitado la pensión ante PORVENIR, que posiblemente en la reunión con COLFONDOS se hizo una comparación de las condiciones entre el RAIS y el RPM, pero no recuerda con exactitud, no se acercó al ISS a recibir asesoría al momento del traslado con SKANDIA, que la información obtenida del régimen de transición fue por indagaciones propias y no elevó solicitud alguna ante el ISS hoy COLPENSIONES antes de los 52 años.

Del interrogatorio absuelto, no se puede concluir como plantea COLPENSIONES y PORVENIR que el actor conocía TODAS las características del RAIS, así como las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen, porque si bien conoció algunas condiciones, fue por indagaciones particulares que realizó, mientras que ni COLFONDOS en el traslado inicial ni SKANDIA ni PORVENIR en los traslados horizontales lo asesoraron en su totalidad como lo disponen los diversos pronunciamientos jurisprudenciales antes mencionados y, si en gracia de discusión, SKANDIA o PORVENIR lo hubieran asesorado en debida forma, dicha información ya no era relevante, por cuanto, como se citó en precedencia, la información clara y completa debe darse al momento del traslado de régimen inicial y no, en los traslados horizontales, por lo tanto, concluye la Sala que de las respuestas dadas

por TORRES GONZÁLEZ no se extrae confesión alguna que sostenga la tesis de las demandadas de que el traslado es plenamente válido.

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón<sup>1</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*".

Dado lo anterior, es evidente para la Sala que a TORRES GONZÁLEZ no le fue suministrada la suficiente información que permitiera conocer las implicaciones de la afiliación al RAIS, por lo cual, ha de confirmarse la decisión en ese aspecto.

#### **Devolución de los gastos de administración y cuotas de seguro previsional.**

Respecto a la apelación de PORVENIR S.A., es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en*

*que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*", en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba trasferir por parte de la AFP a Colpensiones 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 lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración, realizando la claridad que, si bien los fondos de pensiones privados se rigen como las entidades financieras, no es menos cierto que el dinero que aquí están administrando no les pertenece a ellos, sino al afiliado, el cual, lo deposita en la cuenta de dicho fondo con el único objetivo de solventar en el futuro su beneficio pensional, el cual se encuentra enmarcado dentro del derecho a la seguridad social y que, es irrenunciable, innegociable e imprescriptible.

Ahora bien, es menester recordar que el retorno de dichas sumas es una consecuencia propia de la declaratoria de ineficacia, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros del actor no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de TORRES GONZÁLEZ ni mucho menos de Colpensiones y se evita que exista una descapitalización del Sistema General de Pensiones. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

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

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

### **Condena en costas contra las demandadas.**

Respecto de la petición de COLPENSIONES de confirmarse la decisión de primera instancia respecto a la no condena en costas en contra de dicha entidad, la Sala no emitirá pronunciamiento alguno, en razón a que la parte con interés jurídico para recurrir dicha situación, no manifestó inconformidad al respecto.

Respecto de la petición de PORVENIR de revocarse la condena en costas impuesta por la A quo, no hay lugar a acceder a la misma, por cuanto se confirmó la decisión de primera instancia respecto de todos los puntos que fueron alegados por ella, por tanto, dicha condena también se mantendrá incólume.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **COLPENSIONES** y **PORVENIR**. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de abril de 2022 por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. -** Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **COLPENSIONES** y **PORVENIR**. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

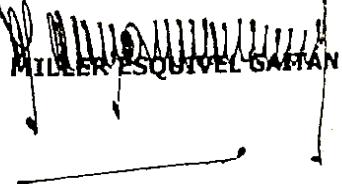
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ADRIANA JACQUELINE URBINA MARTÍNEZ CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2019 – 00666 01. Juz. 24.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**ADRIANA JACQUELINE URBINA MARTÍNEZ** demandó a la **AFP PORVENIR S.A.**, a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 6 y 7 del archivo PDF 01 “DEMANDA” que se encuentra en el expediente digital.

- Declaratoria de anulación por ineeficacia de la afiliación y del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Ordenar el traslado y afiliación al RAIS.
- Ordenar a PORVENIR S.A. la devolución a COLPENSIONES de todos los valores recibidos por la afiliación, sin posibilidad a descuento alguno.
- Condenar a PORVENIR S.A. a continuar pagando la pensión (en caso de que se reconozca antes de dictar sentencia) hasta tanto se haga efectivo el traslado de aportes.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 a 6 del archivo PDF 01 "DEMANDA" que se encuentra en el expediente digital. Se afilió al sistema de seguridad social en pensiones en el ISS a partir del 1 de enero de 1988, se trasladó al RAIS administrado por PROTECCIÓN el 14 de febrero de 1997, no obstante, el asesor de dicho fondo no le brindó ningún tipo de información sobre el funcionamiento o las características del RAIS, así como tampoco le efectuó una proyección pensional. Expuso que le solicitó a PROTECCIÓN copia de los documentos que le fueron entregados al momento de la afiliación al fondo, documentos que no le fueron entregados, posteriormente, se trasladó a PORVENIR S.A., fondo al cual le pidió el reporte del estado de cuenta detallado, petición resuelta por la mencionada entidad. Solicitó a COLPENSIONES la anulación del traslado de régimen, de lo cual la entidad pública emitió respuesta negativa, misma solicitud elevada ante PROTECCIÓN y PORVENIR, en la cual se obtuvo también respuesta negativa.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 29 de enero de 2020 (Fl. 272) y corrido el respectivo traslado, las llamadas a juicio contestaron como se muestra a continuación:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible a folios 321 a 331 del archivo 1 “DEMANDA” del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la reclamación administrativa presentada por el actor, la solicitud elevada ante Protección, la no afiliación al RPM en la actualidad del demandante y la afiliación activa a Porvenir.
- Formuló como excepciones de mérito; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineeficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el Art. 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** dio respuesta visible a folios 271 a 299 del archivo 1 “DEMANDA” del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- Respecto a los hechos, aceptó la afiliación al fondo privado, la solicitud de documentos elevada por el actor, la respuesta negativa a la solicitud de

anulación de la afiliación y la no anulación hasta la fecha de la afiliación al RAIS.

- Formuló como excepciones de fondo; Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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 y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**, dio respuesta visible a folios 380 a 391 del archivo 1 "DEMANDA" del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el traslado a Porvenir, la respuesta a la solicitud de entrega de documentos, la solicitud de anulación de la afiliación ante el fondo privado y su respuesta negativa, la no anulación hasta la fecha de la afiliación al RAIS y la afiliación activa del actor a Porvenir.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 03 de marzo de 2022 mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

**"PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación que hizo la señora **ADRIANA JACQUELINE URBINA MARTINEZ** al **RAIS** a través de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, el 14 de febrero de 1997, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

**SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales la señora **ADRIANA JACQUELINE URBINA MARTINEZ**, nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

**TERCERO: ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **ADRIANA JACQUELINE URBINA MARTINEZ**, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, ello significa que se debe trasladar lo que tenga la demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual al momento de realizarse el traslado, junto con lo deducido por concepto de gastos de administración, con los aportes efectuados por la demandante, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

**CUARTO: ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, lo que haya deducido de los aportes a pensiones por concepto de gastos de administración con motivo de la afiliación que efectuó a esa entidad la señora **ADRIANA JACQUELINE URBINA MARTINEZ**.

**QUINTO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir a la señora **ADRIANA JACQUELINE URBINA MARTINEZ**, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**

**SEXTO: DECLARAR** no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

**SÉPTIMO: SIN CONDENA EN COSTAS EN LA INSTANCIA.**

**OCTAVO: REMITIR** las diligencias a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que se surta el grado jurisdiccional

*de consulta, en caso de no ser apelada oportunamente la presente decisión por parte de COLPENSIONES.”*

Llegó a esta determinación por cuanto PROTECCIÓN no acreditó que haya cumplido con el deber de información conforme las reglas fijadas por la jurisprudencia de la SL CSJ y, dado que simplemente se allegó el formulario de afiliación para acreditar el cumplimiento del mencionado deber no se puede entender que solo con la firma de dicho documento se crea que la demandante conocía todas las características del RAIS. Respecto de la tesis de actos de relacionamiento alegada por una de las demandadas, indicó que el acto que se declara ineficaz es al momento del traslado y no con posterioridad, además, que PORVENIR tampoco acreditó haber saneado la falta al deber de información por parte de PROTECCIÓN, por lo tanto, dicha teoría no cuenta con vocación de prosperidad. Sobre el interrogatorio absuelto por la actora, adujo que no se desprende confesión alguna que sostenga la teoría de las demandadas, ya que su traslado fue realizado por su empleador, ni siquiera medió un asesor del fondo privado, por ello, procedió la declaratoria de ineficacia. Sobre la excepción de prescripción indicó que dada la naturaleza de la situación que se discute es imprescriptible, por lo tanto, no prospera. De la excepción de costas consideró que todas las partes actuaron de manera acorde y desplegaron las actuaciones de rigor, por lo que decidió no condenar en costas.

### **Recurso de apelación**

**PROTECCIÓN:** Solicitó la revocatoria parcial de la decisión en lo atinente a la condena de devolución de gastos de administración, en razón a que dichos descuentos son originados por disposición legal, por lo que ordenar la devolución de dichos valores genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, ya que se le están entregando también los rendimientos financieros, por lo que, adujo que el fondo tiene todo el derecho de quedarse con dichas sumas. Dijo que la Superintendencia Financiera es el ente regulador de las AFP y dicha entidad ha

dicho que en los procesos de ineeficacia de traslado debe atenderse lo dispuesto en el Art. 7 del Decreto 3995 del 2008, que es el que dispone que valores son los que se deben restituir, además de precisar que al devolver dichas sumas se constituye una indemnización de perjuicios, la cual no fue solicitada en la demanda y a la que no debe ser condenada la AFP. Agregó que a las mencionadas sumas sí les aplica la prescripción, en razón a que son sumas descontadas periódicamente y que no financian la prestación de vejez.

**COLPENSIONES:** Indicó que el traslado es completamente válido y no se evidencia ningún vicio del consentimiento al momento de la afiliación al RAIS, además, que la permanencia prolongada en el RAIS valida la decisión de Urbina Martínez y que no pueden imponerse cargas adicionales a las establecidas en las normas vigentes para la época a fin de declararse una ineeficacia inexistente. Hizo mención de la prohibición de la Ley 797/2003 en la que está inmersa la actora, además que Urbina Martínez no se interesó por su derecho pensional cuando era su deber hacerlo, lo que genera que no solo haya una supuesta negligencia del fondo privado sino también de la afiliada. Indicó que con la decisión se afecta el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones al asumir una posible pensión con recursos de otros afiliados.

**PORVENIR:** Explicó que no es el fondo que incumplió con el deber de información, que no conocía la información que le habían brindado a la demandante al momento del traslado de régimen, por lo que aceptó de buena fe la vinculación que realizó la demandante en el año 2009. Indicó que, la afiliación a la AFP es plenamente válida, que el deber de información no es unilateral, por tanto, la afiliada debía ilustrarse de las condiciones y funcionamiento del RAIS, situación de la cual no se evidencia cumplimiento, además, no puede juzgarse una ineeficacia bajo normas que no existían al momento de ocurrir dicho traslado.

Sobre la condena a devolver los gastos de administración adujo que no procede su devolución, ya que gracias a la buena gestión realizada por la AFP de los dineros que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la actora se generaron unos rendimientos que, la beneficiaron y que también se deben restituir, por ende, en base al principio de restituciones mutuas, no procede la devolución de dichos gastos y se genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, además que son valores que no financian una posible prestación de vejez.

Hizo hincapié en el actuar de buena fe y honesto de la AFP en todo el tiempo que duró la vinculación de la demandante y solicitó la revocatoria en su totalidad de la sentencia de primera instancia.

**Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Guardó silencio.

**Parte demandada.**

**COLPENSIONES:** Solicitud la revocatoria de la decisión en similares términos a los expuestos en el recurso.

**PORVENIR:** En síntesis, reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso.

**PROTECCIÓN:** Guardó silencio.

**CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo

35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la orden de devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración emitida contra PORVENIR y PROTECCIÓN.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 29 de julio de 2019 (Fl. 84 Archivo 1 "Demandada") en la que solicitó la anulación del traslado al RAIS y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública del 30 de julio de 2019 (Fls. 85 y 86 Archivo 1 "Demandada"), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 14 de febrero de 1997, cuando solicitó su afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., conforme se denota del formulario de afiliación visto a folio 55 del archivo 1 PDF "Demandada" del expediente digital y, posteriormente, se afilió a la AFP PORVENIR S.A. el 14 de noviembre de 2008, conforme se denota del formulario visto a folio 83 del mencionado archivo PDF, afiliación que se encuentra vigente.

### **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP

PROTECCIÓN S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 14 de febrero de 1997, diligenció una solicitud de vinculación a PROTECCIÓN S.A. (Fl. 55 archivo 1 "Demandas"), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario pre establecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Ely del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PROTECCIÓN), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, contrario a lo que afirma COLPENSIONES, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021<sup>3</sup>, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

<sup>3</sup> "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>4</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró PROTECCIÓN S.A., ya que se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero, sin embargo, conforme al interrogatorio de parte absuelto por la demandante, dicha afirmación es contraria a la realidad, ya que indicó que quien le entregó el formulario para diligenciarlo fue su empleador pero que, en ningún momento hubo intermediación de algún asesor del fondo privado, por lo que, se demuestra una absoluta desidia del fondo privado, al cual, le correspondía informar debidamente a su nueva afiliada de todas las condiciones que iba a encontrar en el RAIS.

Una vez verificada la declaración rendida por la actora y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que PROTECCIÓN S.A. no demostró que le expuso a la demandante un panorama de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba

<sup>4</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS ni el traslado horizontal realizado en el año 2008 a PORVENIR.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón<sup>5</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la actora es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no autoriza su traslado, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

---

<sup>5</sup> "Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

*"Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".*

Respecto al argumento de PORVENIR de que no fue el fondo que realizó el traslado de régimen, que no conocía que información se le había brindado a la actora y la recibió de buena fe en su fondo en el año 2009, es menester precisar que estaba en la obligación de comprobar que información conocía la actora respecto al funcionamiento del RAIS, además de exponerle las condiciones particulares del fondo al cual se estaba trasladando horizontalmente, por lo que, resulta contradictorio indicar que no conocía que información tenía la demandante cuando era su deber acreditar dicha situación, y, con respecto a la buena fe alegada, es lógico que cualquier actuación realizada por una persona natural o jurídica, debe realizarse bajo los postulados de buena fe, por lo tanto, dicho argumento no controvierte la decisión tomada en primera instancia y la falta al deber de información endilgada a PROTECCIÓN y que luego, no fue verificada por PORVENIR.

Por lo anterior, para la Sala no hay duda que la declaratoria de ineficacia es procedente en el presente caso, por ende, se confirmará la decisión en ese aspecto.

#### **Devolución de los gastos de administración y cuotas de seguro previsional.**

Respecto a las apelaciones de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que *"El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir,*

*la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”,* en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba trasferir por parte de las AFP a Colpensiones TODOS los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración, realizando la claridad que, si bien los fondos de pensiones privados se rigen como las entidades financieras, no es menos cierto que el dinero que aquí están administrando no les pertenece a ellos, sino al afiliado, el cual, lo deposita en la cuenta de dicho fondo con el único objetivo de solventar en el futuro su beneficio pensional, el cual se encuentra enmarcado dentro del derecho a la seguridad social y que, es irrenunciable, innegociable e imprescriptible.

Ahora bien, es menester recordar que el retorno de dichas sumas es una consecuencia propia de la declaratoria de ineficacia, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, sin que sea argumento válido que dichos descuentos se realizan por disposición legal y por ello no procede su devolución, así como tampoco se genera un desequilibrio o descapitalización del Sistema General de Pensiones porque, precisamente al ordenar la devolución de todas las sumas que constituyen la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros y sumas descontadas por administración, se garantiza que la prestación que posiblemente se le reconozca a Urbina Martínez en el RPM se encuentre totalmente cubierta con dichos valores, así como tampoco se constituye un enriquecimiento sin causa a favor del fondo público. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020,

donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

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

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Por lo tanto, encuentra la Sala que la orden de devolver los valores descontados por gastos de administración se encuentra ajustada a derecho y al precedente jurisprudencial, por lo que ha de confirmarse ese aspecto.

## COSTAS

Por cuanto no hubo condena en costas en primera instancia y la parte con interés jurídico para recurrir dicha situación guardó silencio, la decisión se mantendrá incólume. Respecto a las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES**. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho para cada una de las recurrentes.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida el 3 de marzo de 2022 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

**SEGUNDO. – COSTAS.** Manténgase incólume la decisión en primera instancia. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR, PROTECCIÓN** y **COLPENSIONES**. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho para cada una de las recurrentes.

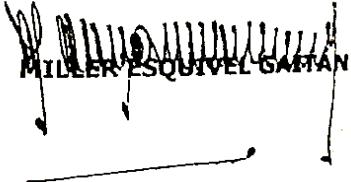
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMEN YOLANDA SACRISTÁN DE LUNA CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Rad. 2020 – 00324 01. Juz. 02.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**CARMEN YOLANDA SACRISTÁN DE LUNA** demandó a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 1 a 3 del archivo PDF 01 “Expediente unificado” que se encuentra en el expediente digital.

## **PRETENSIONES PRINCIPALES**

- Declaratoria de ineeficacia del traslado realizado el 1 de octubre de 1999 entre el RPM al RAIS, por falta al deber de información.
- Realizar las gestiones administrativas para la anulación del traslado.
- Traslado de aportes.
- Recibir sin solución de continuidad a la actora.
- Actualización de historia laboral.
- Reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1 de junio de 2018 por parte de COLPENSIONES.
- Inclusión en la nómina de pensionados.
- Uso de facultas ultra y extra petita.
- Condenar en costas y agencias en derecho.

## **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS**

- Reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1 de junio de 2018 por parte de PORVENIR mediante la figura de subrogación.
- Pago de diferencia de las mesadas pensionales.
- Uso de facultas ultra y extra petita.
- Condenar en costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 y 4 del archivo PDF 01 "Expediente Unificado" que se encuentra en el expediente digital. Nació el 24 de noviembre de 1955, por lo que cumplió 57 años en la misma fecha de 2012. Se afilió al ISS el 28 de septiembre de 1984 y cotizó 760 semanas hasta el 1 de octubre de 1999, momento en el que decidió afiliarse al RAIS administrado por PORVENIR, sin embargo, dicho traslado no estuvo precedido por la suficiente información e ilustración que permitiera conocer las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Desde el momento del traslado al RAIS

hasta el 31 de enero de 2018 cotizó 958 semanas, las cuales, sumadas a las cotizadas en el extinto ISS, dan un total de 1.718 semanas cotizadas.

Solicitó ante PORVENIR el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, quienes mediante comunicación del 20 de julio de 2018 le indicaron que su solicitud fue aprobada y que el valor de su mesada pensional sería de \$781.242, a la cual, se le aplica el descuento del 12% en salud, para un total de \$687.442, según historia laboral de la mencionada AFP el IBL de la demandada es de \$2.053.714, a la cual, si se le aplica una tasa de reemplazo del 73.33%, arroja una mesada pensional de \$1.505.842, por lo que el RPM es más favorable a sus intereses. El 14 de octubre de 2020 elevó derechos de petición ante COLPENSIONES y PORVENIR en los que solicitó se declarara la nulidad del traslado de régimen.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 24 de junio de 2021 (Archivo 02) y corrido el respectivo traslado, las llamadas a juicio contestaron como se muestra a continuación:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible a folios 3 a 47 del archivo 05 “CONTESTACIÓN COLPENSIONES” del expediente digital.

- Se opuso a la mayoría de pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento y el momento de cumplir 57 años, la afiliación al ISS y las semanas cotizadas y la reclamación presentada por la actora.
- Formuló como excepciones de mérito; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del

derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y genérica.

**La AFP PORVENIR S.A.** como se muestra a folios 2 a 35 del archivo 04 "Contestación de demanda" del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

En audiencia del Art. 77 del C.P.T.S.S. en la etapa de fijación del litigio la A-quo desestimó la pretensión subsidiaria presentada por la parte actora, por cuanto la misma no fue solicitada en la reclamación administrativa y dentro de las facultades conferidas en el poder tampoco se mencionó dicha pretensión, decisión a la que le fue interpuesto el recurso de reposición, el cual también fue desestimado y, conforme que no fue interpuesto recurso de apelación, la decisión quedó en firme.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 01 de marzo de 2022 en la cual dispuso:

**"PRIMERO: ABSOLVER a las demandas *SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante *CARMEN YOLANDA SACRISTÁN DE LUNA*,**

*identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.759.803, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.*

**SEGUNDO: RELEVARSE** del estudio de las excepciones propuestas por la parte demandada, dadas las resultas del proceso.

**TERCERO: CONDENAR** en costas a la parte demandante CARMEN YOLANDA SACRISTÁN DE LUNA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.759.803, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) salario mínimo mensual legal vigente, a favor de las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

**CUARTO:** Si no fue apelado, **CONSÚLTENSE** con el superior."

Llegó a esta determinación por cuanto si bien Porvenir no cumplió con el deber de información conforme a las pruebas allegadas, lo cierto es que la actora goza del estatus de pensionada bajo la modalidad de retiro programado, lo cual es un estatus jurídico consolidado, situación corroborada en el interrogatorio de parte, además, la actora afirmó que no efectuó previamente al reconocimiento de la pensión solicitud para retornar al RPM y, por cuanto la jurisprudencia de la SL CSJ es enfática en indicar que no es posible declarar la ineficacia del traslado cuando la persona es pensionada, no hay lugar a acceder a las pretensiones invocadas.

### **Recurso de apelación**

**Demandante:** Solicitó la revocatoria de la decisión en razón a que Porvenir no cumplió con la carga de la prueba que le asistía, por lo que no logró acreditar dentro del plenario que el traslado de régimen haya sido precedido de la suficiente información, además, que fue inducida a error al momento de dicho traslado. Indicó que la A quo no tuvo en cuenta el precedente jurisprudencial y pacífico de la SL CSJ, el cual, no habla de que no pueda declararse la ineficacia de la afiliación cuando se cuente con un derecho consolidado.

**Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Solicitó la revocatoria de la decisión por cuanto PORVENIR no demostró haber informado adecuadamente a su potencial afiliada conforme los criterios establecidos por SL CSJ.

**Parte demandada.**

**COLPENSIONES:** Hizo énfasis en que, conforme la Jurisprudencia de la SL CSJ, no es permitido declarar una ineeficacia de la afiliación cuando la persona ya tiene la condición de pensionado en el RAIS y, además, indicó que no se demostró que haya faltado al deber de información e hizo otras apreciaciones respecto a aspectos como la descapitalización del sistema pensional, a fin de que se confirme el fallo de primera instancia.

**PORVENIR:** Solicitaron la confirmación de la decisión, en síntesis, porque no se demostró la falta al deber de información, no obstante, como dicho motivo no fue por el cual la A quo absolvió de las pretensiones, la Sala se abstiene de citar dichos argumentos.

**CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la decisión de primera instancia de absolver de todas las pretensiones a las demandadas por ser la actora pensionada en el RAIS.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 14 de octubre de 2020 (Fls. 66 a 77 Archivo 1) en la que solicitó la nulidad del traslado al RAIS y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública del mismo día (Fl. 78 Archivo 1), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra vinculada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, inicialmente como afiliada desde el 28 de agosto de 1999, como se demuestra con el formulario de afiliación suscrito con PORVENIR visible a folio 85 del archivo 04 y, actualmente en condición de PENSIONADA mediante la modalidad de retiro programado, como se vislumbra de la respuesta del 20 de julio de 2018 emitida por PORVENIR que aprueba solicitud de pensión (Fls. 132 a 134 Archivo 04), el contrato de retiro programado que se encuentra a folios 135 a 139 del mismo archivo y la certificación emitida por la AFP el 15 de julio de 2021 donde se indica que se encuentra actualmente pensionada (Fl. 143 archivo 04).

### **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora en los hechos de la demanda alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión de trasladarse al RAIS no se le suministró una información suficiente respecto de las ventajas o desventajas de pertenecer al fondo privado, los beneficios pensionales que podría tener y las condiciones para lograrlos, entre otra información necesaria para tomar una decisión consciente. Al respecto, si bien la demandante

diligenció una solicitud de vinculación al RAIS el 28 de agosto de 1999, con lo cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

---

<sup>3</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en*

Ahora bien, teniendo en cuenta el interrogatorio de parte absuelto por la actora, procede la Sala a su estudio. Carmen Yolanda Sacristán de Luna, quien trabajó en la Clínica de Marly como coordinadora de facturación, quien tiene un nivel de escolaridad hasta bachillerato, de 66 años de edad, afirmó que se encuentra pensionada por Porvenir desde el 20 de julio de 2018, dijo que se acercó en 3 ocasiones al fondo privado para lograr su pensión, a los 57 años, luego a los 60 y, finalmente, a los 62 años, expuso que no sabía que su pensión sería del salario mínimo, sino que sería del 75% de lo que ganaba y no ha rechazado ninguna de las mesadas que Porvenir le ha pagado hasta el momento.

Manifestó que no le brindaron ninguna asesoría al momento del traslado de régimen, sobre las circunstancias del traslado indicó que el asesor pasó por cada oficina de la clínica y en una charla de quince minutos le dijeron que el ISS se iba a acabar, que Porvenir estaba para ayudarlos y que si seguían en el ISS cuando se acabara perderían las semanas que habían cotizado, que en Porvenir obtendría una mayor pensión, además que “*nos ayudaban con las semanas que fuéramos a perder*” y “*nos hicieron el formulario y lo firmamos y pues nos pasamos*”.

Refirió que solicitó su pensión ante Porvenir a los 57 años y le indicaron que en ese momento no tenía el capital, a los 60 años tampoco le recibieron los papeles y finalmente, a los 62 años le recibieron los papeles, pero, le reiteraron que no tenía capital, por lo que “yo hice una carta diciendo que yo tenía que pensionarme” y ahí fue cuando la pensionaron finalmente en el 2018, no solicitó la nulidad o ineficacia del traslado antes de dichas peticiones de pensión ya que “*no sabía, no tenía ni idea que tenía la posibilidad de volverme a pasar al seguro social, no tenía la menor idea, a mí no me dijeron, nunca me llamaron, nunca me dijeron Yolanda pásese, mire a*

---

*el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.”*

*ver si puede pasarse al seguro, se va a pensionar bien... No, yo lo único que sabía era que me iba a pensionar con una pensión mayor y no más, no sabía más, nunca me dieron esa instrucción ni nunca lo supe"* y agregó que cuando la pasaron a Porvenir ya tenía 44 años, por lo que considera que debían haberle hecho un estudio detallado de su caso.

No obstante lo anterior, y teniendo claro que PORVENIR no cumplió con el deber de información que le correspondía al momento del traslado de régimen, tal como lo afirmó la demandante en su interrogatorio de parte y conforme a las documentales allegadas, la Sala no puede desconocer los pronunciamientos jurisprudenciales, en especial, la sentencia de la CSJ con radicado SL373-2021 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la cual, respecto a la invalidación del traslado de régimen cuando quien demanda es un pensionado, abandonó el criterio adoptado en sentencia con rad. 31989 de 2008. Lo anterior, luego de determinar que no es posible que bajo la figura de la ineficacia de la afiliación, el afiliado pensionado en el RAIS regrese al RPM en el mismo estado en que se encontraba previo a su traslado, por tratarse la calidad de pensionado de un hecho consumado, un status jurídico que no es razonable retrotraer, debido a las afectaciones al sistema en su conjunto, pues reversar el acto del traslado y el reconocimiento pensional, conlleva que sufra la misma suerte todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según la modalidad pensional que se hubiera elegido.

Dicho lo anterior, para la Sala es claro y no puede desconocerse el estatus jurídico de la demandante, el cual ostenta desde el año 2018, tal como se demuestra con las pruebas documentales y las respuestas dadas en el interrogatorio de parte, momento en el que le reconocieron su pensión de vejez, por ende, no es posible que se traslade al RPM bajo estas condiciones al haber sido beneficiada por uno de los mecanismos que dispone la Ley para los afiliados al RAIS, como es, ser pensionada bajo la modalidad de retiro programado. Por lo anterior, a pesar que la

AFP Porvenir no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión al momento del traslado de régimen, por cuanto el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), no hay lugar a declarar la ineeficacia del acto jurídico del traslado por contar la demandante con un status jurídico consolidado que, como se expuso, no es posible revertir.

Respecto del argumento del apoderado demandante, en el cual refiere que la A quo desconoce el precedente jurisprudencial pacífico de la Corte Suprema de Justicia, es menester indicar que la sentencia citada en precedencia data del año 2021 y fue proferida por la SL CSJ, por lo tanto, no se está desconociendo el precedente jurisprudencial, por el contrario, se está dando aplicación al cambio de regla fijado por la Corte en pronunciamientos previos, el cual, no es posible pasar por alto por los operadores judiciales, así como tampoco cuenta con validez el argumento de "*el precedente jurisprudencial y pacífico de la SL CSJ no habla de que no pueda declararse la ineeficacia de la afiliación cuando se cuente con un derecho consolidado*", porque, como se citó en precedencia y como la A quo lo indicó, la corte si se ha pronunciado al respecto.

Suficientes resultan los argumentos para **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia apelada.

## COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de **QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000)** a favor de las demandadas en proporción del 50% para cada una.

## DECISIÓN

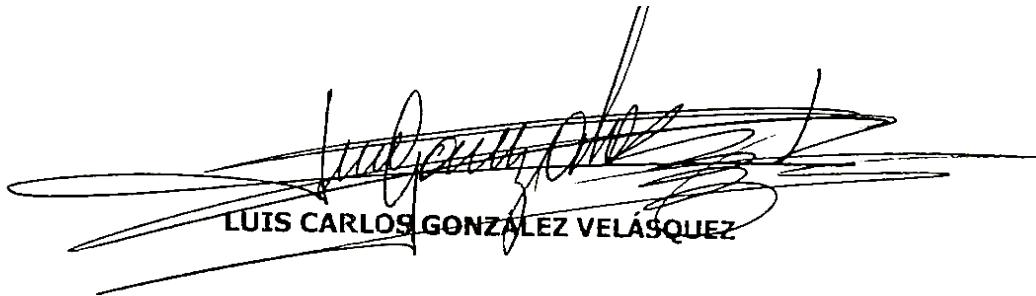
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

## RESUELVE

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida el 1 de marzo de 2022 por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. – COSTAS.** Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de **QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000)** a favor de las demandadas en proporción del 50% para cada una.

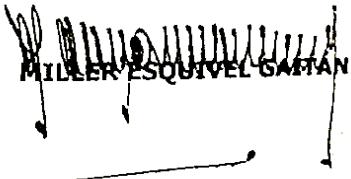
## NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESCRIVÁ GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GILMA ISABEL ROJAS DE SORA  
CONTRA POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA. Rad. No. 2018 00207 Juz.  
27.**

Bogotá D. C., doce (12) de agosto de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA COMPLEMENTARIA**

Mediante escrito presentado por el apoderado judicial de la parte actora se solicita la adición de la sentencia proferida por esta Corporación el 31 de marzo del año en curso (Fls. 133 a 144), el sustento de su solicitud se edifica en el hecho de que los intereses moratorios objeto de apelación que fueron analizados y prosperaron en la alzada, no se incluyeron en la resolutiva de la decisión.

**ANTECEDENTES**

En lo que respecta a la solicitud de aclaración, se tiene que en sentencia del 10 de agosto del 2021 (cd fl 109) la jueza absolvio de la pretensión de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100/93 para en su lugar ordenar el pago de las diferencias pensionales de forma indexada, punto que fue objeto de apelación por la parte actora, el cual prosperó conforme el estudio realizado en la instancia, tal como se verifica a folio 142 del expediente.

**CONSIDERACIONES**

Para resolver el asunto, es de acudir a lo dispuesto en el artículo 287 del C.G.P., norma que regula los casos en que procede la adición de la sentencia, y precisa:

**"ARTÍCULO 287. ADICIÓN.** Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

*El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.*

*Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.*

*Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal."*

Conforme a lo anterior, y una vez verificada la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia se advierte a que a folio 142 se estudió<sup>1</sup> lo relativo con la prosperidad de los intereses moratorios de la pensión de sobrevivientes, los que se causaron vencido el plazo de dos meses después de presentada la reclamación para el reconocimiento de la prestación (*24 de febrero de 2015*), por lo que se dispuso el pago de éstos a partir del 25 de abril de 2015 y hasta que se verificara el pago de la obligación. No obstante, en la resolutiva (*fls 143 y 144*) se evidencia que en ninguna de las órdenes impartidas se hizo alusión a los referidos moratorios.

---

<sup>1</sup>**Intereses de mora**

*Como quiera que en el asunto no hay controversia respecto de la procedencia del acrecimiento del derecho pensional de la demandante, en virtud de la pérdida del derecho pensional del resto de los beneficiarios, La Sala encuentra procedente la condena de los intereses moratorios de la pensión de sobrevivientes, los que se causaron una vez vencido el plazo de dos meses después de presentada la reclamación para el reconocimiento de la prestación, la que en el caso se efectuó el 24 de febrero de 2015, conforme el Art. 1 de la Ley 717 de 2001, se impondrán los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas causadas y no pagadas en lo que respecta a cada una de las demandas. Estos intereses corren a partir del **25 de abril de 2015** y hasta que se verifique el pago de la obligación.*

Así las cosas, conforme el art. 287 del CGP se procede a **adicionar** la sentencia del 31 de marzo del año en curso (Fls. 133 a 144), por medio de sentencia complementaria, para incluir la condena de los intereses de mora

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 31 de marzo de 2022 para incluir los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100/93 conforme las razones expuestas en el presente proveído. Para todos los efectos legales la resolutiva de esta instancia es la siguiente:

**"PRIMERO. – MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá del 10 de agosto de 2021, el cual quedará así:

**"SEGUNDO: CONDENAR a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A al pago de las diferencias pensionales causadas desde el 04 de abril al 30 de junio de 2015, conforme lo establecido en la parte motiva.**

*Sobre estas diferencias deben cancelarse los intereses moratorios por cada una de las mesadas causadas y no pagadas, a partir del 25 de abril de 2015 y hasta que se pague el retroactivo adeudado"*

**SEGUNDO. - MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO,** de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá del 10 de agosto de 2021, el cual quedará así:

**"TERCERO: CONDENAR a LA UGPP al pago de las diferencias pensionales causadas entre el 01 de julio al 28 de noviembre de 2015, conforme lo establecido en la parte motiva.**

*Sobre estas diferencias deben cancelarse los intereses moratorios por cada una de las mesadas causadas y no pagadas, a partir del 25 de abril de 2015 y hasta que se pague el retroactivo adeudado"*

**TERCERO. - MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO** de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá del 10 de agosto de 2021, el cual quedará así:

**"CUARTO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de **PREScripción** respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 04 de abril de 2015 conforme lo ya expuesto."

**CUARTO.** - En lo demás se confirma la sentencia apelada y consultada.

**QUINTO.** – Sin costas en la instancia."

**SEGUNDO:** Continúese con el trámite correspondiente.

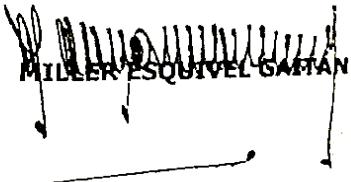
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GUILLERMO PINTO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Rad. 2019-00360-01. Juz. 07.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a proferir la siguiente

**SENTENCIA**

GUILLERMO PINTO demandó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA Y A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 7 a 9 Archivo 1.

**DECLARATIVAS**

- Se declare que la pensión anticipada de vejez reconocida por la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA mediante Resolución 0244 del 9 de abril de 1999 es compatible con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES por Resolución SUB118212 de 2017
- Declarar que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA está obligada a restituir a su favor el pago de la mesada pensional desde el 1º de enero de 2018 hasta el momento en que sea incluido nuevamente en nómina
- Que el valor del retroactivo liquidado en la Resolución SUB118212 debe ser pagado a su favor teniendo en cuenta la compatibilidad pensional.

## **CONDENATORIAS**

- Condenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA a restablecer el pago de la mesada y pagar retroactivamente las mesadas pensionales desde el mes de enero de 2018 hasta cuando sea incluido nuevamente en nómina de pensionados.
- Se condene a la demandada a pagar intereses de mora sobre las mesadas causadas desde el 1º de enero de 2018 hasta cuando se restablezca el pago.
- Condenar a la demandada a reintegrar el mayor valor de las cuotas moderadoras que a futuro tenga que cancelar para acceder a los servicios de salud.
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

## **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS**

- Se declare que la demandada incumplió con el acta de conciliación del 9 de abril de 1999 numeral 3º de la Resolución 0242 de 1999 que imponía a la empresa tramitar ante COLPENSIONES la pensión de vejez.
- Se declare que no está obligado a reintegrar las mesadas pensionales entre el 1º de julio de 2017 y el 31 de diciembre del mismo año.
- Se declare que la demandada debe tramitar ante COLPENSIONES el pago del retroactivo pensional causado entre el 8 de febrero y el 31 de julio de 2017.
- Condenar a la demandada a pagar los derechos a seguridad social no enlistados en demanda haciendo uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 9 a 12 archivo 1. Que el demandante nació el 8 de febrero de 1955 y laboró al servicio de la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA como trabajador oficial, entre el 3 de octubre de 1983 y el 9 de abril de 1999 y se retiró voluntariamente como consta en el acta de conciliación de fecha 9 de abril de 1999 suscrita ante el juzgado 19 Laboral del Circuito. Se reconoció la pensión anticipada pagada por la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca en cuantía inicial de \$2.329.064 a partir del 31 de diciembre de 2017 y no se reguló lo pertinente a la compatibilidad pensional.

El 4 de julio de 2017 mediante Resolución SUB118212 COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez en cuantía de \$1.565.097. En enero de 2018 la demandada ordenó al Consorcio Fiduciario por intermedio del cual paga las pensiones, suspender el pago de la mesada pensional de los trabajadores de la Empresa de Licores de

Cundinamarca y revocó el acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes porque al parecer efectuaron cruces con la nómina de COLPENSIONES con el propósito de aplicar la compatibilidad pensional, lo que fue informado la actor el 25 de enero de 2018 por lo que actualmente solo percibe la mesada pensional por parte de COLPENSIONES. Que mediante Resolución 681 del 2018 la demandada declaró la compatibilidad pensional y ordenó al consorcio pagador continuar cotizando al sistema de salud con el 100% de la pensión por lo que ha tenido que pagar cuotas moderadoras.

Que instauró acción de tutela contra la demandada de la que conoció el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá y negó las pretensiones de la demanda mediante sentencia del 6 de marzo de 2018 confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad el 14 de agosto de 2019 (fl. 140 archivo 1); notificadas las accionadas y a la AGENCIA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado correspondiente, contestaron la demanda de la siguiente manera:

**LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA** contestó la demanda como se observa a fls. 142 a 163 (archivo 1):

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la edad del demandante y el reconocimiento de la pensión por la entidad demandada y las Resoluciones expedidas sobre de reconocimiento pensional, así como la declaratoria de compatibilidad pensional. Negó o manifestó que no le constaban los demás hechos.
- Propuso como excepciones previas la de inepta demanda e indebida acumulación de pretensiones, no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios y como excepciones de fondo las de ausencia de vicios de los actos administrativos demandados, por cuanto los motivos en los que se fundan son consistentes, congruentes y acordes con la normativa u jurisprudencia aplicable; buena fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, pago legal y oportuno, compensación, imposibilidad de condena en costas y la genérica o innominada.

**COLPENSIONES** contestó la demanda en los términos del escrito que obra a folios 180 (archivo 1).

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó la edad del demandante y lo relacionado con el reconocimiento pensional. Manifestó que no le constan los demás hechos.
- Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses de mora o indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 22 de marzo de 2022 (archivo 19) en la cual resolvió declarar probadas las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido formuladas por las demandadas. Absolvió a las demandadas UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA - UAEPC y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante; condenó en costas a la parte actora.

La juez A-quo señaló en la sentencia respecto de la compatibilidad pensional que conforme al artículo 5º del Decreto 029 de 1985 y el Acuerdo 049 de 1990 a partir del 17 de octubre de 1985 no procedía la compatibilidad pensional sino la compatibilidad, ya que en caso de ser superior la pensión reconocida por la empleadora a la reconocida por COLPENSIONES le correspondía al empleador pagar el mayor valor si lo hubiere, lo que aplica para las pensiones reconocidas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, tuvo en cuenta la sentencia SL36923 de 2010 y otras anteriores, para concluir que el actor no tenía derecho a la compatibilidad pensional, toda vez que la pensión anticipada reconocida por el empleador era de carácter voluntario y había sido otorgada con posterioridad al 17 de octubre de 1985, pues se concedió conforme a la conciliación del 10 de abril de 1999 en la que en el numeral 10º se estableció que la empleadora pagaría las cotizaciones para que cuando el actor cumpliera el requisito de la edad, se reconociera la pensión de vejez por la entidad de seguridad social; es decir, que era una pensión de carácter compartido, por lo que no se cumplió con el acuerdo celebrado entre las partes y por ello era procedente la devolución del retroactivo conforme al artículo 5º de la conciliación.

Declaró que las demás pretensiones impetradas no estaban llamadas a prosperar al no salir avante la pretensión de compatibilidad pensional. Condenó en costas a la parte actora respecto de la demandada.

### **Recurso de apelación**

**La parte actora** interpuso recurso de apelación de manera parcial respecto de la pretensión subsidiaria, para lo que argumentó que se debe realizar una valoración de la buena fe constitucional, conforme al literal c) del artículo 164 del CPACA, QUE limita el recobro de los valores recibidos como consecuencia de un error o una omisión de la entidad, porque la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA omitió cumplir la resolución mediante la cual se reconoció la pensión anticipada en la medida en que continuó girando las mesadas aun después de 60 años de edad , pasando por alto los controles que permitían determinar la existencia o no de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES lo que resulta contrario al principio de la buena fe y por lo tanto no puede exigir la devolución de los recursos que recibió el actor de buena fe; para lo que citó la sentencia – rad. 36095 26 de enero de 2010, por lo que solicita se revoque la sentencia en este aspecto.

### **Alegatos ante este Tribunal**

**Parte demandante:** Indicó que la pensión reclamada si puede ser simultánea a la que ya le fue reconocida, por cuanto la Ley no dispone que dicha prestación sea incompatible, además, que al negarse las pretensiones de la demanda se vulnera el derecho a la seguridad social. De otro lado, indicó que siempre ha actuado de buena fe, que la empresa de Licores de Cundinamarca era quien debía tramitar la pensión de vejez ante el extinto ISS en 1999 y no lo hizo sino hasta el año 2018, hizo mención del Art. 164 del CPACA el cual también expuso en el recurso de alzada y citó la sentencia SL4660-2018 en la cual se manifiesta que la entidad debe demostrar el actuar de mala fe del jubilado.

### **Parte demandada.**

**COLPENSIONES:** Citó lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 de 1990, a fin de indicar que no cuentan con vocación de prosperidad las pretensiones del demandante.

**UNIDAD DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA:** Solicitó la confirmación de la decisión en razón a que las partes de común acuerdo acordaron la compatibilidad de la pensión, la cual, no tenía carácter de pensión convencional.

## CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación", por lo que procede La Sala a determinar si en este caso se debe declarar la pretensión subsidiaria en relación con el reintegro de las mesadas pensionales pagadas entre el 1º de julio de 2017 y el 31 de diciembre del mismo año; pues los demás aspectos de la sentencia no fueron objeto de inconformidad.

Conforme al Acta de Conciliación 001 de 1999 se otorgó al demandante por parte de la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA una pensión anticipada voluntaria y se obligó a seguir pagando al ISS las cotizaciones por concepto de pensión para que cuando el trabajador cumpla con la edad requerida por las normas legales se reconozca la pensión de vejez (fl.25 y 27 archivo 1) y en el artículo 5º de la Resolución 0242 del 12 de abril de 1999 la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA dispuso que una vez pensionado por el ISS el señor GUILLERMO PINTO se obligaba a reintegrar a la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA dentro del término de 8 días hábiles siguientes al pago que le efectúe el ISS las sumas recibidas por concepto de pensión de jubilación hasta cumplir el monto de lo cancelado por la empresa por ese mismo concepto y a título de pensión anticipada o en su defecto, se compromete a autorizar al ISS para que pague directamente a la empresa dichas cantidades y en el artículo 7º se indica que el incumplimiento por parte del beneficiario de las obligaciones establecidas en el artículo 5º ya citado, faculta a la EMPRESA a suspender el pago de la pensión, deslindado a la entidad de toda responsabilidad de ese hecho. Con lo anterior, que se acredita que el actor se comprometió a reintegrar a la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA los valores que le cancelara la entidad por concepto de pensión una vez el ISS le reconociera la pensión de vejez en un plazo de 8 días hábiles siguientes al reconocimiento de la pensión de vejez por parte del ISS hoy COLPENSIONES.

Sobre la buena fe que menciona el recurrente, se tendrá en cuenta lo que ha indicado la Corte Constitucional en sentencia SU-182 de 2019 donde indicó lo siguiente:

" 4.2. *El ordenamiento penal castiga a quien se aprovecha de un error ajeno para obtener un beneficio personal*

119. *Contrario a lo que sostuvieron varios de los afiliados involucrados en este expediente, el solo hecho de apropiarse conscientemente, de dineros o bienes ajenos, que por error o negligencia hayan sido entregados, es una conducta grave que puede entrar en la órbita del derecho penal. Más específicamente, del delito de aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, definido en los siguientes términos:*

"Artículo 252. Aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito. El que se apropie de bien que pertenezca a otro y en cuya posesión hubiere entrado por error ajeno o caso fortuito, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años // La pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

120. *Esta conducta integra el Título VII del Código Penal, que consagra los delitos contra el patrimonio económico. Si bien no hay mayores desarrollos doctrinarios sobre este tipo, es claro que el Legislador busca castigar a quien se apropiá de un bien, que por error ajeno o por el azar entró en su posesión. La descripción típica no se concentra en las conductas que pudieron haber ocasionado el error, pues para eso existen otros tipos penales, sino que castiga el mero hecho de aprovecharse del infortunio ajeno.*

121. *Hay un precedente relevante de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al respecto. Es el caso de una persona que fue denunciada por la compañía de seguros Positiva. Según la Empresa, por error consignó en favor de aquel la suma de \$45.779.213, como pago de retroactivo de pensión, pese a que dicha suma no le era adeudada. Pese a aceptar que el dinero no le correspondía, el acusado se apropió del mismo, negándose a devolverlo. Esta situación, en la que era claro que el acusado no realizó ninguna maniobra ilegal para apropiarse del dinero, sino que éste llegó a su cuenta por un error de la Compañía, la Corte Suprema hizo las siguientes consideraciones sobre los elementos definitorios del delito de aprovechamiento:*

"Como claramente se aprecia, el verbo rector que delimita el núcleo de la conducta, remite a la "apropiación" de algo "en cuya posesión", se hubiese entrado por error ajeno o caso fortuito // Lo destacado en negrillas obedece a que la conducta punible no existe o comienza a materializarse si, de un lado, no se ha dado la efectiva posesión del bien; y, del otro, si esa posesión no deriva en consecuente apropiación, entendida como la tenencia con ánimo de señor y dueño // Huelga resaltar que si bien, el tipo penal obliga acudir al error ajeno o caso fortuito, estas circunstancias por sí mismas son ajenas al delito, o mejor, no hacen parte del iter criminis, como quiera que sin la efectiva posesión y subsecuente apropiación, apenas se estiman irregularidades ajenas al derecho penal y sin ninguna trascendencia dentro del mismo // El delito, por esencia doloso, solo comienza a ejecutarse cuando la persona entra en posesión del dinero, para el caso, y decide apropiarse del mismo"[113].

122. *Ahora bien, es menester aclarar que nadie puede ser acusado penalmente por el simple hecho de recibir un dinero o un bien que no le corresponde. Nadie está en la posibilidad de conocer, ni mucho menos evitar, que una entidad cometa un error a su favor, sobre todo cuando la falla es imperceptible al ciudadano común. Lo que censura el ordenamiento penal es que, una vez conocido o informado de la irregularidad, la persona pretenda apropiárselo [114].*

123. *La Corte Constitucional también tuvo la posibilidad de conocer un caso similar en la Sentencia T-266 de 2009 (MP. Humberto Sierra Porto). Esta vez, la empresa Emtelco S.A. denunció que, producto de un error técnico, transfirió a la cuenta de*

*un ex trabajador la suma de \$6.174.474. A pesar de los repetidos requerimientos, la persona se negó a reintegrar el dinero consignado y por ello fue acusada por el delito de aprovechamiento de error ajeno. Tratándose de una tutela contra providencia judicial, la Corte no entró a analizar el caso en detalle, pero sí encontró que los argumentos de los jueces de instancia que condenaron al ex trabajador habían sido razonables [115]. Consideró el juez penal -y lo avaló la Corte- que era contrario a la sana crítica esgrimir la buena fe, pues una vez finaliza la relación laboral, no es normal recibir abonos del antiguo empleador. Lo que se evidenciaba en el caso, por el contrario, era la intención del trabajador de apropiarse de esos dineros girados por error, como un medio para compensar lo que consideraba había sido una liquidación injusta.*

*124. Para terminar este acápite, es importante señalar que cuando una persona, además de apropiarse de una prestación o consignación equivocada, realiza acciones adicionales para mantener en error a la administración, la conducta típica puede escalar al campo de la estafa [116]. Esto fue lo que ocurrió justamente en la Sentencia SU-240 de 2015 (MP. Martha Victoria Sáchica). En aquella ocasión, la Sala Plena conoció el proceso contra la cónyuge superviviente que se aprovechó del error de la administración que liquidó la pensión de su difunto esposo como si fuese un Congresista, a pesar de que el mismo era un auxiliar administrativo. Tal error significó un incremento de casi 10 veces en la mesada pensional, frente a lo cual era difícil alegar la buena fe o el desconocimiento:*

*"Pues bien, el Tribunal interpretó la citada disposición en el sentido de que incluso en aquellos supuestos en los cuales la administración motu proprio había incurrido en un error de hecho, es decir, no se le había inducido al mismo, y terminaba reconocido indebidamente un derecho, dicho acto era considerado ilegal, si el beneficiario guardaba silencio; tanto más y en cuanto el equívoco era manifiesto // Así las cosas, la interpretación acordada por los falladores al segundo inciso del artículo 73 del C.C.A. es perfectamente acorde con la Constitución, por cuanto: (i) se encamina a proteger de manera inmediata al erario público, en tanto que bien jurídico constitucionalmente amparado; (ii) evita que la administración tenga que acudir a la justicia en acción de lesividad, y en el entretanto, pagar lo no debido; y (iii) sanciona al ciudadano que de manera consciente se aprovecha de un error manifiesto de la administración pública".*

Así las cosas, como en el caso en estudio el demandante tenía conocimiento desde la expedición de la Resolución 0242 del 12 de abril de 1999 que debía reintegrar dichos valores, toda vez que conforme al artículo 5º el señor GUILLERMO PINTO se obligó a reintegrar a la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA dentro del término de 8 días hábiles siguientes al pago que le efectuara el ISS las sumas recibidas por concepto de pensión de jubilación hasta cumplir el monto de lo cancelado por la empresa por ese mismo concepto y a título de pensión anticipada, no podía aprovecharse el error de la entidad argumentando una buena fe inexistente, pues en tal caso incumplió su deber u obligación y por lo tanto no tiene justificación o protección sobre los dineros así adquiridos.

Es de resaltar que es una idea equivocada la de la parte actora, respecto a que obró de buena fe, pues lo que realmente realizó con su actuar fue un aprovechamiento del error ajeno para satisfacer sus fines personales y el "justo título" no tiene

sustento cuando existe un vicio, lo que no genera derecho alguno en favor del actor y por lo tanto no prospera la pretensión subsidiaria negada en la sentencia de primera instancia.

Por lo expuesto, se confirmará la decisión de primera instancia.

**Costas.** - Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

## DECISIÓN

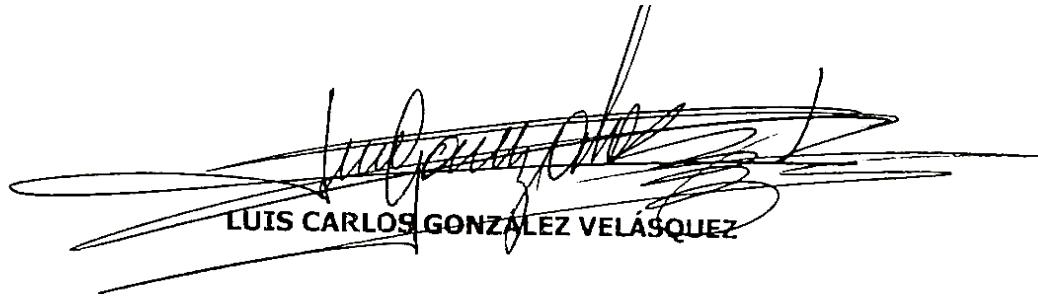
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

## RESUELVE

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de marzo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. – COSTAS** Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

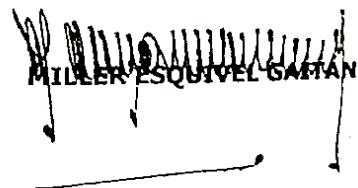
## Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESCRIVÉ GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS ALBERTO PALOMINO MARROQUÍN  
CONTRA NABORS DRILLING INTERNATIONAL LIMITED BERMUDA Y/O EL  
DORADO DRILLING. Rad. 2019 - 00366 - 01. Juz. 7º.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

CARLOS ALBERTO PALOMINO MARROQUÍN demanda a NABORS DRILLING INTERNATIONAL LIMITED BERMUDA y/o EL DORADO DRILLING identificada con el NIT. 830.069.311-4, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 11 a 14. (Cuaderno 1 expediente digital)

- Se declare la existencia de un contrato individual de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 11 de septiembre de 2015 al 4 de junio de 2016.
- Se declare que el salario devengado era de \$6.107.100 más una bonificación diaria de \$135.713 por día de trabajo de campo.
- Se declare que la demandada no cumplió con su obligación legal de solicitar autorización al Ministerio de Trabajo para la suspensión del contrato de trabajo.
- Se declare la ineeficacia de la suspensión del contrato de trabajo comunicada el 12 de febrero de 2016.
- Se declare que debe pagar salarios y prestaciones sociales causados durante la suspensión del contrato entre el 13 de febrero de 2016 y el 26 de mayo del mismo año.
- Se declare que este tiempo no debía descontarse de la liquidación final de prestaciones sociales.
- Se reliquiden las prestaciones reconocidas en la liquidación final del contrato de trabajo y la indemnización por despido sin justa causa.
- Se incluyan en la liquidación final los días comprendidos entre el 27 y el 31 de mayo de 2016 que el actor trabajó al reinicio de sus labores de campo, con el promedio de lo devengado durante la vigencia de la relación laboral.
- Se condene a la demandada a pagar al actor los salarios y prestaciones dejados de recibir entre el 13 de febrero de 2016 y el 26 de mayo del mismo año.
- Se condene a la demandada a pagar la indemnización por despido sin justa causa en cuantía equivalente a 20 días de salario con base en el promedio de lo devengado por haber sido un salario variable.
- Se condene a la demandada a reliquidar la liquidación final de prestaciones laborales teniendo en cuenta el salario variable devengado y sin descontar los días de suspensión del contrato.
- Se condene a la demandada a pagar los días comprendidos entre el 27 y el 31 de mayo de 2016 que no se incluyeron en la liquidación final de prestaciones sociales.
- La sanción establecida en el artículo 65 del C.S.T.
- La indexación.
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 5 a 11 cuaderno 1 expediente digital. Que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 11 de septiembre de 2015 para desempeñar el cargo de supervisor de turno en Acacías Meta en turnos de 14 días en campo y descanso de 7 días y horarios de 12 horas y disponibilidad de 24 horas y un salario variable compuesto de \$6.107.000 básico y \$135.713 por día de trabajo de campo. El 12 de febrero de 2016 la empresa le comunicó que se suspendía el contrato a partir del 13 de febrero de 2016 debido a "la crisis que viene atravesando la industria petrolera", sin haber solicitado autorización al Ministerio de Trabajo y sin efectuar el pago de salarios. Transcurridos más de 60 días le comunicaron telefónicamente que debía reiniciar sus labores el 27 de mayo de 2016 y el 4 de junio de 2016 le comunicaron la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo cuya liquidación fue entregada el 15 de junio de 2016 en cuantía de \$13.736.456 en la que se incluyó la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, sin tener en cuenta el salario variable ni los salarios dejados de cancelar, lo que dio como resultado una liquidación por un valor inferior al realmente adeudado.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad el 17 de julio de 2019 (fl. 138 del cuaderno 1 expediente digital), notificada la accionada y corrido el traslado respectivo, contestó la demanda en los siguientes términos: (Cuaderno 3 expediente digital.)

### **NABORS DRILLING INTERNATIONAL LTD BERMUDA**

- No se opuso a las pretensiones relacionadas con la existencia del contrato de trabajo, pero si se opuso a las demás pretensiones de la demanda.
- Aceptó la existencia del contrato de trabajo, el cargo desempeñado, el lugar de prestación de servicios, el salario variable, el no pago de salarios durante la suspensión del contrato y la terminación del contrato sin justa causa. Negó los demás hechos.
- Propuso como excepción previa la de prescripción y como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones reclamadas y mala fe del demandante.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 27 de septiembre de 2021 en la que absolió a la demandada NABORS DRILLING INTERNATIONAL LIMITED BERMUDA de las pretensiones incoadas en su contra por el señor CARLOS ALBERTO PALOMINO MARROQUÍN. Declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada y condenó al demandante al pago de las costas del proceso.

Llegó a esta determinación luego de analizar que fue aceptado por la demandada la existencia del contrato de trabajo, el cargo y el salario básico y el variable. En cuanto a la suspensión del contrato y la reanudación de este, analizadas las pruebas documentales y testimoniales allegadas al proceso, así como las normas que rigen la materia, tuvo en cuenta la sentencia de la C.S.J. Rad. No. 4246 de 1991 respecto al caso fortuito o fuerza mayor y señaló que este es un imprevisto que no es posible resistir e imprevisible que temporalmente impide la ejecución de un contrato de trabajo y en el caso en estudio le era claro que se debió acreditar la causal que se alega, ya que el hecho invocado por la empresa no corresponde a un evento imprevisible e irresistible pues la empresa no se encontraba supeditada al contrato suscrito con ECOPETROL, por lo que ello sucedió de mutuo acuerdo con ECOPETROL y el contrato no dependía de la vinculación que existía con ECOPETROL, de donde concluyó que la suspensión del contrato de trabajo era ilegal, Respecto a la excepción de prescripción propuesta por la demandada, declaró que esta prosperaba, pues habían transcurrido más de 3 años desde la terminación del contrato de trabajo y que la demanda fue presentada con posterioridad y en consecuencia como los derechos se habían

hecho exigibles a la terminación del contrato para la presentación de la demanda se encontraban prescritos. Razón por la que no había lugar a la condena, pues no se presentó una interrupción a la prescripción durante este término. En relación con la reliquidación deprecada, indicó que no era procedente no solo por la prescripción sino también por cuanto durante la suspensión el contrato el actor no tenía derecho al pago de la bonificación y por ello no había lugar a ser tenida en cuenta para la reliquidación de sus prestaciones. Respecto a la indemnización por despido injusto encontró que fue pagada de manera completa porque durante la suspensión del contrato el demandante no devengó la bonificación por trabajo de campo. Razones por las que absolvio a la demandada de las pretensiones de la demanda.

## **APELACIÓN**

**Parte demandante.** - Interpuso el recurso de apelación para lo que argumentó respecto de la reliquidación por despido, las cotizaciones a seguridad social y la indemnización que no se incluyó el promedio de lo devengado en el último año. Que la suspensión fue abiertamente ilegal y no se condenó a la empresa por la omisión al no pedir autorización al Ministerio de Trabajo lo que ocasionó perjuicios al poderdante y al momento de liquidar la indemnización se debía tener en cuenta el salario variable que devengó durante el último año conforme a los soportes que aportó la empresa demandada. Que la suspensión fue reconocida como ilegal en la sentencia y solo hasta la terminación del contrato el trabajador se dio cuenta de los perjuicios que sufrió por la suspensión y por eso se deben contar los tres años a partir de la terminación del contrato de trabajo.

**Parte demandada.** – No interpuso recurso.

### **Alegatos ante este Tribunal**

**Parte demandante:** Argumenta que la sentencia se sustenta en la fecha de la suspensión del contrato de trabajo y la indemnización otorgada por la empresa como consecuencia del despido sin justa causa, decisión que transgrede los derechos del trabajador por cuanto no se realiza un análisis amplio de los supuestos facticos que rodean el presente caso, descociendo que los reproches formulados se encuentran inmersos tanto en la suspensión como en la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, ya que si bien es cierto que la suspensión ilegal del contrato de trabajo se dio hasta el 26 de mayo de 2016, es el 04 de junio de 2016 donde se le notifica al trabajador la terminación del contrato de trabajo sin justificación alguna. Que, si bien es cierto que la suspensión del contrato se acabó el 26 de mayo de 2016, no se puede omitir que es cuando se da la terminación de la relación laboral que el actor observa que se le están desconociendo unos salarios a los que tiene derecho; por lo que no es posible afirmar tajantemente que dicho derecho se encuentra prescrito y que no hay lugar a reconocimiento.

No se tiene en cuenta que el empleador realizó la liquidación final de prestaciones sociales desconociendo al trabajador los salarios adeudados desde el momento en que se retomaron las labores; los cuales no se encontraban prescritos porque se presentaron requerimientos al empleador donde se le hace evidente tal situación y la necesidad de subsanar dicho error.

**Parte demandada:** Solicitó la confirmación de la decisión, por cuanto no es viable la prosperidad de la pretensión de indemnización por terminación del contrato sin justa causa, además, que se cumplió el término trienal establecido en la Ley para declarar la ineficacia de la suspensión del contrato acontecida entre el 12 de febrero y el 26 de mayo de 2016.

## **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación".

**Parte demandante.** -

**Reliquidación de la indemnización por despido y cotizaciones a seguridad social.**

- Al respecto argumenta que no se incluyó en la su liquidación el promedio de lo devengado en el último año.

Para resolver se ha de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 253 del C.S.T. el cual dispone que para liquidar el auxilio de Cesantía se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los tres (3) últimos meses y en el caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año.

Conforme al artículo en mención se pasan a revisar las nóminas aportadas al proceso toda vez que una vez revisadas, se observa que en efecto, el salario devengado por el actor fue variable; sin embargo, aunque no se aportaron al proceso las nóminas completas, si se aportaron la mayoría de ellas, y conforme a los valores una vez totalizados se tiene como resultado un valor inferior al que se tuvo en cuenta por la demandada en la liquidación final de prestaciones sociales, pues allí se incluyó el salario básico de \$6.107.100 más otros devengos por valor de \$3.053.549 para un total de base para la liquidación de prestaciones sociales de \$9.180.649 (fl.92 cuaderno 1), por lo que debe decirse que la liquidación de prestaciones sociales si incluyó el valor total de lo devengado durante el último año de servicios y en ese sentido no le asiste razón al impugnante, razón por la que habrá de confirmarse la decisión de prima instancia sobre este aspecto.

**Condena por omisión de la empresa a solicitar el permiso al Ministerio de Trabajo para la suspensión del contrato.** – Fundamenta su recurso en que la suspensión fue abiertamente ilegal y no se condenó a la empresa por la omisión al no pedir la correspondiente autorización al Ministerio de Trabajo, lo que ocasionó perjuicios al poderdante.

El numeral 5 del artículo 40 del decreto 2351 de 1965, modificado por el artículo 67 de la ley 50 de 1990, dispone que:

*«No producirá ningún efecto el despido colectivo de trabajadores o la suspensión temporal de los contratos de trabajo, sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, caso en el cual se dará aplicación al artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.»*

Así las cosas, para que el contrato de trabajo se pueda suspender se requiere la autorización del Ministerio del Trabajo y en la sentencia de primera instancia se indicó que la demandada no tenía el correspondiente permiso para suspender el contrato de trabajo y que no se encontraba probada la fuerza mayor o caso fortuito para suspender los contratos, lo cual no ha sido objeto de impugnación por la demandada, por lo que se tendrá por acreditado que la suspensión del contrato no contó con el correspondiente permiso. La consecuencia de no pedir autorización al Ministerio del Trabajo, es que el empleador deberá pagar a sus trabajadores el sueldo normal como si hubieran trabajado, pues a eso es a lo que se refiere el artículo 140 del C.S.T., lo que obliga al empleador a pagar el salario aun cuando el trabajador no haya prestado sus servicios, toda vez que el cierre intempestivo de la empresa, que se dio en este caso, suspende el contrato solo cuando ocurre la primera causal, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, lo que como se indicó fue declarado en la sentencia y que no fue objeto de apelación por la parte demandada. Por lo anterior, procedería la condena al pago de los salarios al trabajador correspondientes al tiempo que duró la suspensión del contrato; sin embargo, como se declaró probada a excepción de prescripción propuesta por la demandada, pasa a analizarse su procedencia.

**Prescripción.**- Al respecto se tiene en cuenta que la suspensión del contrato de trabajo se dio a partir del 13 de febrero de 2016 (fl. 113 cuaderno 3) y el 27 de mayo de 2016 se comunicó al actor que terminaba la suspensión del contrato de trabajo y se reiniciaban labores a partir del 28 de mayo de 2016 (fl.83 prueba casi ilegible), sin que el demandante aportara prueba alguna de haber efectuado reclamación escrita a su empleadora hoy demandada, para el reconocimiento de los salarios, o por lo menos no aportó prueba de ello, razón por la que se dirá que por haber presentado la demanda el 31 de mayo de 2019 (fl.134 del cuaderno 1), para ese momento ya habían transcurrido los 3 años desde que se dio el reinicio de labores y en consecuencia el fenómeno de la prescripción había surtido sus efectos, tal y como lo señaló el A-quo, por lo que prospera la excepción de prescripción respecto de los salarios causados durante la suspensión del contrato.

En cuanto al argumento de que solo hasta la terminación del contrato el trabajador se dio cuenta de los perjuicios que sufrió por la suspensión y por eso se deben contar los tres años a partir de la terminación del contrato de trabajo; no puede ser de recibo, toda vez que desde el inicio de la suspensión del contrato el actor no recibió salarios y tampoco al reinicio de sus labores, sin que el actor presentara reclamación al respecto, motivos por lo que se confirmará en este punto la decisión de primera instancia.

**Reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa tomando en cuenta el salario variable.** – Considera el recurrente que al momento de liquidar la indemnización se debía tener en cuenta el salario variable que devengó durante el último año conforme a los soportes que aportó la empresa demandada.

Sobre el particular y como ya se indicó la demandada efectuó la liquidación final de prestaciones sociales tomando como salario base de liquidación la suma de \$9.160.649 (fl. 92), y en consecuencia le correspondía al trabajador por concepto de indemnización por despido sin justa causa conforme al artículo 64 del C.D.T. literal "b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales" veinte días de salario, que para el año 2016 correspondían a la suma de \$6.894.540 y el salario variable que devengó era de \$9.160.649. En consecuencia, le correspondían veinte (20) días de salario y por tanto debió reconocerse por este concepto la suma de \$6.107.099,33, pero como le fue cancelado por indemnización conforme a la liquidación final de prestaciones sociales la suma de \$5.323.150, (fl. 92) le asiste razón al recurrente toda vez que faltó por cancelar la suma de \$753.949,33

Sobre este concepto no prospera la excepción de prescripción propuesta por la demandada toda vez que esta indemnización se hizo exigible a la terminación del contrato de trabajo que fue el 4 de junio de 2016 y la demanda se presentó el 31 de mayo de 2019.

En consecuencia, se modifica la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a la demandada a pagar al actor por concepto de diferencia de la indemnización por despido sin justa causa la suma de \$753.949,33 (pretensión segunda de la demanda), sin que por ello prospere la pretensión de pago de la indemnización del artículo 65 del C.S.T. conforme a la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia Rad. 42940 del 7 de octubre de 2018 que indicó:

*«Otro aspecto de la acusación, que es propio de la vía directa, es el de la viabilidad jurídica que propone la censura respecto la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., ante el no pago a la terminación del contrato de los conceptos de vacaciones y de indemnizaciones, sobre el cual la Corte se ha pronunciado en reiteradas ocasiones para señalar que no es procedente, por cuanto la misma está contemplada solo para la no cancelación oportuna de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y como quiera que, para la legislación laboral colombiana, las vacaciones son apenas un descanso remunerado y la indemnización por despido sin justa causa tiene un carácter sancionatorio, ninguno de estos dos conceptos constituye una prestación social, en estricto sentido,...»*

Por último, respecto al desconocimiento de salarios adeudados, revisada la liquidación final de prestaciones sociales, se observa que le fueron cancelados en ella por concepto de salarios causados una suma de \$814.280.

En consecuencia, se **modificará parcialmente** el ordinal primero de la sentencia impugnada para en su lugar condenar a la demandada al pago de reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa por la suma de \$753.949.33 y confirmar la decisión de absolver a la demandada respecto de las demás pretensiones. De igual manera, se procederá a modificar el ordinal segundo de la sentencia impugnada respecto a no declarar probada la excepción de prescripción en relación con la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa y confirmar la declaración de prescripción en relación a las demás pretensiones.

**Costas.** - Las de primera instancia se revocan. Sin costas en esta instancia.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. - MODIFICAR los ordinales primero y segundo** de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de septiembre de 2021, de la siguiente manera:

*Modificar el ordinal primero en cuanto se condena a la demandada al pago de la reliquidación de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo por la suma de \$753. 949,33 y se confirma la decisión de absolver a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.*

*Modificar el ordinal segundo de la sentencia respecto de la excepción de prescripción que no prospera respecto a la reliquidación de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo y se confirma respecto a que prospera la excepción de prescripción respecto a las demás pretensiones, conforme a la parte motiva de este proveído.*

**SEGUNDO. - COSTAS.** - Las de primera instancia se revocan. Sin costas en esta instancia.

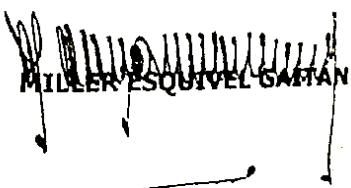
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILTON EQUIVEL GAITAN

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.**

**PROCESO ORDINARIO DE ELIECER COBOS JURADO CONTRA ZAUR SK.  
LTDA. Rad. 2019 - 00285 01 Juz. 12.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

ELIECER COBOS JURADO demandó a ZAUR SK LTDA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 2 y 3 expediente físico.

- Se declare un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año desde el 17 de agosto de 2013 al 8 de enero de 2017
- Se declare la terminación del contrato por despido indirecto
- Se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones y salarios dejados de cancelar.
- Indemnización por despido injusto
- Se condene al pago de las sanciones establecidas en los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990
- Pago de aportes a seguridad social en pensión
- Facultades ultra y extra petita
- Costas

Los hechos de la demanda se describen a fls. 1 y 2. El actor fue contratado por la empresa ZAUR SK LTDA el 17 de agosto de 2013 mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año que terminó el 8 de enero de 2017 por causa imputable al empleador. El último salario devengado fue de \$880.389.

Que presentó renuncia el 8 de enero de 2017 en atención a la falta de pago de salarios de noviembre, diciembre y parte de enero y el no pago de las prestaciones sociales desde el inicio de la relación laboral, lo que le ocasionó perjuicios morales y materiales al verse privado del trabajo y del pago de sus acreencias laborales.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad el 14 de mayo de 2019 (fl. 17) e intentada la notificación personal, se ordenó el emplazamiento de la demandada mediante auto del 2 de agosto de 2019 (fl.25) y se designó Curado Ad-litem. Publicado el emplazamiento (fl. 30) y designado nuevo curador Ad-litem se notificó el 7 de julio de 2020 y corrido el traslado respectivo contestó la demandada en los términos del escrito visible a fls. 47 a 48.

- Respecto a las pretensiones se limitó a las resultas del proceso.
- En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con las certificaciones aportadas con la demanda y manifestó que no le constan los demás.
- Formuló como excepción de fondo la genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia de fondo de fecha 10 de junio de 2021 en la que declaró la existencia de la relación laboral y condenó a la empresa de seguridad privada ZAUR SK LTDA al pago de los siguientes valores y conceptos:

- Cesantías	\$2.437.413
- Intereses a las cesantías	\$ 271.843
- Prima de servicios	\$2.437.413
- Vacaciones	\$1.092.813
- Salarios	\$ 616.272

Condenó al pago de los aportes a seguridad social al fondo seleccionado por el demandante sobre las bases salariales de \$644.350 para el año 2013 y \$880.289 para los años 2014 a 2017. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones de

la demanda, la condenó al pago de las costas del proceso y declaró no probada la excepción propuesta por el Curador Ad-litem.

Llegó a esa determinación luego de revisar la documental aportada, para concluir que entre las partes existió un contrato de trabajo conforme a las certificaciones laborales que obran a folios 6, 7 y 9 desde el 17 de agosto de 2013 y hasta el 8 de enero de 2017 con un salario de \$880.389 desde el año 2014 y el retiro voluntario, pues no existe ninguna otra prueba al respecto.

En cuanto a las prestaciones y salarios que pretende el actor no se aportó prueba de pago alguno, por lo que conforme al artículo 167 del C.G.P., al no existir prueba del pago de estos procedió a liquidarlos e imponer la condena. Sin embargo, como no se probó el salario devengado para el año 2013 fijó para entonces el salario mínimo legal y al no ser invocada la excepción de prescripción no la analizó.

Respecto a la terminación del contrato de trabajo, señaló que no había prueba de un incumplimiento sistemático de las obligaciones laborales por lo que no impuso dicha condena y en cuanto a las indemnizaciones consideró que no se dan las condiciones para determinar una mala fe de la parte demandada y por ello no eran procedentes estas condenas. Condenó al pago de los aportes a seguridad social en pensiones al fondo que seleccione el demandante con los intereses que determine la entidad sobre la base salarial de \$644.350 para el año 2013 y \$880.289 para los años 2014 a 2017. Declaró no probada la excepción propuesta por el Curador Ad-litem y condenó en costas a la demandada.

### **Recurso de apelación**

**Parte demandante.** – Presenta recurso de apelación respecto a la indemnización por terminación del contrato de trabajo por despido indirecto pues el hecho del no pago de obligaciones genera una causa para el despido indirecto, por lo que era procedente dicha condena ya que no existe prueba en contrario, pues la renuncia fue por una justa causa debido al pago de los salarios. Y respecto a la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

**Parte demandada.** – No presentó recurso.

### **Alegatos ante este Tribunal**

**Parte demandante:** Reiteró los argumentos expuestos en el recurso, además, indicó que al no condenar lo solicitado se están vulnerando los derechos del trabajador y premiando las actuaciones negligentes de la demandada.

**Parte demandada:** Guardó silencio.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*".

#### **Parte demandante:**

**Indemnización por despido indirecto.** - Interpone recurso respecto de la indemnización por despido, para lo que argumenta que, si bien la certificación aportada indica que el retiro fue voluntario, ello se debió a la falta de pago de las obligaciones laborales por parte del empleador, lo que constituye un despido indirecto.

Para resolver se revisa la prueba documental aportada al proceso con la demanda conforme a la cual el actor inició a prestar sus servicios a la empresa demandada el 17 de agosto de 2013 (fl. 6) y posteriormente se expidió el 7 de marzo de 2019 una certificación conforme a la cual la fecha de ingreso fue el 13 de junio de 2014 y fecha de retiro el 8 de enero de 2017; sin embargo como no fue objeto de apelación la fecha de ingreso, se mantiene el inicio de la relación a partir del 17 de agosto de 2013.

En cuanto a que la terminación del contrato de trabajo no se dio de manera voluntaria como lo indica la certificación que obra a folio 9, se tiene en cuenta que el CST señala como justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del trabajador, entre otras, en el numeral 6º "El incumplimiento sistemático

sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales”, como lo indica el recurrente.

Al respecto se debe tener en cuenta lo expresado por Sala Laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 55526 del 6 de marzo de 2019 en un caso similar al aquí planteado, donde se indicó:

*«En punto a la obligación que tiene quien termina el contrato de trabajo de manera unilateral por justa causa, esta Sala de la Corte ha sostenido, de manera reiterada y pacífica, entre otras en la sentencia CSJ SL, 26 mayo 2012, rad. 44155:*

*"El despido indirecto o auto despido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.*

*Precisa la Sala, que el contenido de la carta de despido corresponde a manifestaciones de parte que requieren para su confirmación de otros medios probatorios que corroboren lo dicho, (...)"*

En consecuencia, como el contrato de trabajo puede llegar a su fin por diferentes razones, que pueden ser por acuerdo entre las partes o por decisión unilateral de empleador o del trabajador, es claro que tanto empleador como trabajador tienen la obligación de manifestar a la otra parte, la causal o motivo de esa determinación, sin que posteriormente se puedan alegar válidamente causales distintas, pues así lo establece el artículo 66 del C.S.T. que expresa:

*"La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esta determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos."*

Como el despido indirecto es el que se produce por la renuncia del trabajador y se configura cuando el empleador incurre, en este caso, en el incumplimiento sistemático de las obligaciones por parte del empleador, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde a la parte demostrar no solo que

presentó una renuncia y que éste fue el motivo para ello, sino que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador, pues quien termina unilateralmente el contrato de trabajo invocando justa causa imputable a la otra parte, debe manifestar de manera clara y precisa los hechos o motivos en que se fundamenta, situación que no se acredita con la sola manifestación en los hechos de la demanda como parece entenderlo el recurrente.

Por lo anterior, era necesario que el actor acreditara haber presentado a la empresa una carta de renuncia motivada, en la que se indicara cuál era la causa por la cual renunciaba, de manera clara, precisa e inequívoca.

En el específico caso de la renuncia motivada en el incumplimiento sistemático de las obligaciones y respecto de la carga de la prueba, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 42919 del 10 de octubre de 2019 afirmó:

*«En cuanto a la indemnización por despido indirecto, debe recordarse que de manera pacífica esta Sala ha sostenido, que cuando es el trabajador quien da por terminado el contrato de trabajo aduciendo una justa causa imputable al empleador, atribuyéndole el incumplimiento sistemático de sus obligaciones, es la parte actora quien tiene la carga probatoria de demostrar ante el juez del trabajo, que efectivamente los hechos generadores del finiquito contractual ocurrieron.»*

En el presente caso, no solo obra prueba en contrario de lo manifestado por el recurrente respecto a la causal de despido, pues la certificación vista a folio 9 indica que el retiro fue “voluntario”, sino que además el demandante no dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 66 del C.S.T. en cuanto a que debió manifestar a su empleador, en el momento de la extinción del contrato de trabajo, la causal o motivo de esta determinación y en consecuencia si en ese momento se tuvo el retiro como “voluntario”, no podía posteriormente alegar causales o motivos distintos, por lo que no son de recibo los argumentos expuestos por el recurrente, toda vez que no cumplió con la carga de la pruebas y la certificación tiene validez en todo su contenido, incluido el del retiro “voluntario”.

**Sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.-** En cuanto a la sanción mencionada es cierto que el empleador no probó haber efectuado la consignación de las cesantías a un fondo pues en este caso la parte demandada se encuentra representada por Curador Ad-litem.

Para imponer esta condena se debe analizar el caso en concreto, pues no se debe dar una aplicación automática de la sanción, dado que, para proferir dicha condena se deben analizar las razones que tuvo el empleador, para desatender la obligación legal de la consignación de las cesantías, pues la demostración de la existencia de un contrato de trabajo no genera como consecuencia inexorable la declaratoria de mala fe del empleador.

En el caso en estudio, se reitera que la parte demandada se encuentra representada por Curador Ad-litem, razón por la que no es posible determinar la existencia de una buena o mala fe de la empleadora, pues no existen elementos de juicio que permitan establecerlo pues se desconocen los motivos por los cuales el empleador incumplió con la obligación de consignar la cesantías a un fondo en la oportunidad legal, y es sobre la prueba de la forma como interactuaron las partes o la expresión puntual de las razones que generaron el incumplimiento en la consignación de las cesantías, lo que se debe analizar para determinar la buena o mala fe, razón por la que al no existir prueba alguna al respecto no era procedente imponer la sanción deprecada por la parte actora en su recurso.

En consonancia con lo expuesto, habrá de **CONFIRMARSE** la decisión de primera instancia.

**Costas.** - Las de primera instancia se confirman. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos mil pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de junio de 2021, conforme a la motivación anterior.

**SEGUNDO: COSTAS** Las de primera instancia se confirman. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS M/L (\$500.000)

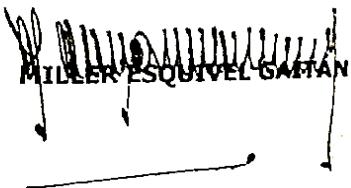
**Notifíquese y cúmplase**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DINORA SIERRA SERRANO CONTRA  
HOGIER GARTNER Y CIA S.A. Rad. 2019–00023 01. Juz. 14.**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

DINORA SIERRA SERRANO demandó a HOGIER GARTNER Y CIA S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 72 a 74 (reforma de la demanda).

**PRINCIPALES**

- Se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes que terminó sin justa causa encontrándose la trabajadora en periodo de lactancia.
- La ineeficacia del despido por haberse producido en el periodo de lactancia
- El reintegro a un cargo de igual o superior categoría sin solución de continuidad
- El pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social desde el despido hasta su reintegro
- Indemnización moratoria, indexación o corrección monetaria
- Se descuento el valor pagado por concepto de indemnización por despido sin justa causa
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

**SUBSIDIARIA**

- Se condene al pago de la indemnización por despido ilegal y sin justa causa durante el periodo de lactancia conforme al numeral 3º del artículo 39 del CST.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 69 a 72. Manifiesta que el 18 de noviembre de 2008 la actora se vinculó con la empresa demandada mediante contrato individual a término indefinido para desempeñar el cargo de Jefe de Gestión de Calidad y devengó como último salario la suma de \$3.912.000 sin variación durante los últimos 3 meses.

En el mes de febrero de 2015 informó a su empleador su estado de embarazo. Lo que era de conocimiento del Gerente Técnico quien era el jefe inmediato de la demandante, la Gerente Administrativa y de Compras, así como de la Jefe de Gestión y Desarrollo Humano.

El embarazo fue de alto riesgo por lo que tuvo una incapacidad de 30 días en el mes de septiembre de 2015 y se le practicó cesárea el 30 de septiembre del mismo año, lo que fue reportado a la empresa quien tramitó y liquidó las incapacidades correspondientes.

La licencia postparto fue de 14 semanas, entre el 30 de septiembre de 2015 y el 5 de enero de 2016 y posteriormente le reconocieron vacaciones por el periodo comprendido entre el 6 de enero y el 27 de enero de 2016.

Que el 22 de diciembre de 2015 recibió de su empleadora bonificación voluntaria por la suma de \$3.730.084 como reconocimiento al cumplimiento de metas de productividad anual a sus trabajadores.

El 28 de enero de 2016 la demandada dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral, sin justa causa y sin autorización del Ministerio del Trabajo y canceló con la liquidación del contrato de trabajo la indemnización por despido sin justa causa. El despido se dio durante el periodo de lactancia por lo que resulta ineficaz en los términos del artículo 241 del CST.

Que el cargo que desempeñaba no ha desaparecido o fusionado y que el 29 de enero de 2018 fue asumido por un hombre que renunció en el mes de abril de 2016 y actualmente lo desempeña el señor Jesús Andrés Bastidas.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad mediante auto de fecha 24 de mayo de 2019 (fl. 108 a 109) notificada la demanda

a la pasiva (fl. 122) y corrido el traslado correspondiente, la accionada contestó la demanda como se observa a folios 189 a 212.

- Se opuso a todas las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la existencia del contrato a término indefinido y sus extremos, pero no el salario devengado, aceptó el pago de la licencia de maternidad e incapacidad y las acreencias laborales y negó o manifestó que no le constan los demás hechos.
- Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de título y de causa en las pretensiones de la demanda, ausencia de obligación de la demandada, pago, buena fe, compensación y prescripción.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 15 de septiembre de 2020 (CD fl.300 y acta fl. 302) en la que se declaró la ineficacia del despido del que fue objeto la señora DINORA SIERRA SERRANO y en consecuencia ordenó su reintegro sin solución de continuidad al cargo que desempeñaba al momento de ser desvinculada o a otro de igual o superior categoría y al pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social dejados de percibir desde la fecha de terminación del contrato y hasta cuando se produzca su reinstalación en el cargo. Autorizó a la demandada HOGIER GERTNIER & CIA S.A. a descontar de los dineros adeudados a la demandante lo efectivamente cancelado por concepto de indemnización por despido sin justa causa. Condenó a la demandada a pagar a la actora la indexación de los dineros adeudados desde la fecha de su exigibilidad hasta la fecha de pago efectivo. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y la condenó al pago de las costas del proceso.

En la sentencia de primera instancia se indicó que no fue materia de discusión la existencia del vínculo laboral, el cargo y los extremos, lo que se corrobora con la prueba documental aportada, así como la terminación del contrato sin justa causa por parte de la empleadora.

En cuanto al fuero de maternidad indicó que éste se extiende hasta que culmina el periodo de lactancia conforme al artículo 239 del CST y al artículo 2º de la Ley 1462 de 2011, y que se presume que fue efectuado por esta causa cuando tenga lugar dentro del periodo de embarazo y los 3 meses posteriores al parto, sin autorización del Ministerio de Trabajo y que solo puede fundamentarse en una de las justas

causas contempladas en los art. 62 y 63 CST. Por lo que el despido que se haga en este periodo carece de eficacia jurídica y acarrea el reintegro, pero que ello no sucede respecto al periodo de lactancia. Citó la sentencia 17193 DE 2002, para señalar que cuando el despido se presenta en estos últimos tres meses de lactancia le corresponde la carga de la prueba a la actora para acreditar que éste fue el móvil del despido.

Conforme a las pruebas allegadas señaló que la licencia de maternidad culminó el 5 enero de 2016 y luego le fueron concedidas vacaciones del 6 de enero a hasta el 27 de enero de 2016 y el 28 de enero de 2016 le fue terminado el contrato de trabajo sin justa causa por el empleador, por lo que el despido se produjo en el segundo trimestre y por ello le correspondía a la parte actora demostrar que el móvil de la terminación del contrato obedeció a la condición de madre lactante. En el interrogatorio de parte la demandante manifestó que no conoce la causa del despido y admitió que antes del embarazo la empresa le dio permisos para tratamientos de fertilidad y que ella no implementó el sistema de gestión integral de la empresa porque no hacía parte de sus objetivos; negó el cambio al sistema de gestión integral y manifestó que no conoce cuál era el perfil requerido para ese cargo, ni la empresa se lo hizo saber.

Diana López analista de seguridad y salud señaló que no conoce los motivos de la terminación del contrato y que después del retiro de la actora fue implementado el sistema de gestión integral que integró el área ambiental lo que ella presenció.

La representante legal de la empresa indicó que las razones del despido fueron que la empresa estaba en transición al sistema de gestión de calidad ISO 9001 por lo que requería de un sistema de implementación integral de tres áreas de las cuales la actora solo manejaba una; que esto sucedió durante el periodo de licencia de maternidad y vacaciones (septiembre-enero). Que la demandante solicitó que le permitieran laborar medio tiempo lo que fue negado porque se requería su presencia; manifestó que la demandante tuvo inconvenientes con el grupo auditor y conflictos de liderazgo con el director de producción cuando tenían que trabajar conjuntamente, lo que fue corroborado con el testimonio de EDNA FORERO, razones por las que se dio por terminado el contrato.

Conforme al testigo Jesús Andrés Bastidas quien fue contratado en el mes de abril de 2016, dijo que se requería unificar los criterios ambientales en el trabajo y en la empresa no existía el sistema integral para cumplir con los requisitos legales. En cuanto a la tacha por sospecha de los testigos arrimados al proceso señaló que por ser trabajadores de la empresa eran quienes estaban en posibilidad de dar fe de las

circunstancias que dieron lugar a la terminación del contrato, por lo que declaró no probada la tacha propuesta.

Que la empleadora adoptó la decisión de terminar el contrato fundada en los conflictos que la trabajadora tenía con las áreas de auditoría y producción que solo vino a considerar inconvenientes cuando la trabajadora pretendió reintegrarse después del periodo de lactancia y vacaciones, por lo que de ser cierto esto, debió hacérselo saber en la carta de despido.

Respecto a la capacidad que tenía la demandante para la transición en el sistema de gestión integral consideró que la persona que se designó, fue seleccionada solo en abril de 2016 lo que desvirtúa que el despido obedeciera a la imperativa necesidad de transición al sistema de gestión integral, por lo que no existía razón objetiva para no reintegrarla en la etapa de lactancia y en consecuencia encontró probado que no existieron motivos que justificaran el despido y en consecuencia resultaba ser por razón de la lactancia, por lo que declaró la ineficacia del despido, ordenó el reintegro sin solución de continuidad y el pago de salario prestaciones y aportes a seguridad social dejados de percibir. Autorizó el descuento de los dineros cancelados por concepto de indemnización por despido y la condenó al pago de las costas.

### **Apelación.**

**Parte demandada.** - El apoderado judicial de la parte demandada interpuso el recurso de apelación para lo que argumentó que se demostró que la terminación del contrato se produjo después del nacimiento del hijo de la demandante y la licencia de maternidad, por lo que quien tenía la carga de la prueba de la terminación del contrato por estar en lactancia era de la parte actora, según la sentencia SL17193 de 2002. En el interrogatorio de parte de la demandada no se puede concluir confesión y la testigo presentada por la actora desconocía los móviles de la terminación del contrato; mientras que la parte demandada trajo el interrogatorio de parte de la actora quien dijo desconocer los motivos del despido, por lo que para la terminación del contrato existían razones diferentes a la lactancia y por lo tanto procedía el despido conforme al artículo 64 del CST, por lo que no tenía obligación legal de indicar una causal en la carta de terminación, pues nada le impedía hacer uso de la facultad con que cuenta el empleador para la terminación del contrato sin justa causa. Resalta que los motivos fueron la transformación del sistema de gestión de calidad porque antes había un analista y posteriormente se contrató un experto que era un ingeniero quien concurrió como testigo, ya que antes no había como tal un sistema de Gestión Integral lo que se implementó con posterioridad; que en

ningún momento se habló de la lactancia, por lo que el móvil no fue en ningún momento la lactancia de la actora, pues no hay prueba de ello y la presunción no aplica para los casos de despido en el segundo trimestre de la lactancia. Que no se puede condenar a las prestaciones que requieren la prestación del servicio y aquí no hubo la prestación personal del servicio, razones por las que solicita la revocatoria de todas las condenas impuestas en la sentencia.

### **Alegatos ante este Tribunal**

**Parte demandante:** Indicó que nunca existió queja alguna por su desempeño, ayudó al posicionamiento de la empresa, es coincidente la fecha de la terminación contractual con el momento en que se encuentra en licencia de maternidad y vacaciones, se encuentra probado que el despido fue sin justa causa, el cargo desempeñado no había sido suprimido o reemplazado e indicó que era sujeto de especial protección, lo cual no valoró la A quo.

**Parte demandada:** Indicó que el despido de la actora fue bastante posterior a la fecha en que dio a luz a su hijo, por lo que le asistía a Sierra Serrano demostrar que el despido había sido con ocasión a su condición, situación que no se demostró, además, se conocía de antemano que el despido había sido sin justa causa y se le había pagado la consecuente indemnización, situación que no indicó la actora en la demanda, la terminación del contrato obedeció a la fusión del cargo desempeñado por la demandante con otro cargo y, refirió que la decisión de la empresa no obedeció a razones de género.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*".

#### **Terminación del contrato en periodo de lactancia. -**

Para resolver se tendrá en cuenta lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-4280 de 2017 donde manifestó en un caso similar al aquí planteado lo siguiente:

*"En similares términos a los antedichos y con criterio que permanece vigente se expresó la Corte en sentencia de 10 de julio de 2002, rad. 17193, recordada en su fallo por el Tribunal de Barranquilla:*

*"Corresponde, entonces, a la Corte dilucidar si el Tribunal incurrió o no en el quebranto normativo que se le endilga de los preceptos sustanciales que consagran la protección a la maternidad, para lo cual debe esclarecer si la "lactancia" corresponde en estricto sentido al concepto de descanso, dentro del contexto y desarrollo del vínculo laboral, al respecto se anota:*

*«El contenido del artículo 238 del C.S.T. (Modificado por el D.13/67, art. 7o), textualmente dice:*

*""Descanso durante la lactancia. El patrono está en la obligación de conceder a la trabajadora dos descansos de 30 minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno del salario por dicho concepto durante los primeros seis (6) meses de edad" (Subrayado fuera de texto)».*

*El artículo 9º del Decreto Reglamentario 995 de 1968, reitera en similares términos la norma reglamentada; igualmente el Convenio 3 de la OIT, aprobado por la Ley 129 de 1931, revisado en 1952 por el Convenio 103, sobre este tópico en el numeral 1º del artículo 5º, consagra:*

*«1. Si una mujer lacta a su hijo, estará autorizada a interrumpir su trabajo para este fin durante uno o varios períodos cuya duración será determinada por la legislación nacional.*

*2. Las interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales en los casos en que la cuestión esté regida por la legislación nacional o de conformidad con ella... » (subrayado fuera de texto)».*

*Así las cosas, ha de concluirse que los soportes legales referenciados, aluden a la lactancia, como el derecho de la madre trabajadora de usar un espacio de tiempo durante la jornada laboral para alimentar al hijo, ello con la aquiescencia del empleador, dentro de la concepción de interrupción durante el tiempo de trabajo; circunstancias particulares que desdibujan en estricto sentido el contenido preciso de descanso como definición de "quietud, reposo, pausa o alivio en la fatiga" pues nótese bien, que su ejercicio corresponde es a un corte o receso en el tiempo dentro de la jornada de trabajo, con el fin específico ya indicado.*

*Ahora bien, el convenio de la O.I.T. traído a colación, regula que la concesión de tales descansos deberá regirse "por la legislación nacional o de conformidad con ella", armonizando su tenor con el artículo 238 del C.S.T., éste consagra las referidas interrupciones hasta por los seis meses de edad del recién nacido; a su turno el artículo 239 ibidem dispone los efectos de la ineficacia del despido como presunción cuando sucede la desvinculación sin autorización del Ministerio del Trabajo dentro del estado de gravidez o los tres meses posteriores al parto.*

*En el sub júdice, de los supuestos fácticos sentados por el ad quem se tiene que ÁNGELA MARÍA JARAMILLO PIEDRAHITA dio a luz el 11 de agosto de 1997 y fue despedida el 14 de noviembre de esa anualidad, de donde se infiere que precisamente el empleador adoptó su decisión de finiquitar el vínculo laboral de la trabajadora cuando ya había vencido el término de esa protección por maternidad bajo el amparo de la presunción atrás anotada.*

*En cuanto a los tres meses finales restantes de lactancia, para el caso en estudio según el artículo 241 del C.S.T., en primer lugar ya se anotó que el espacio de tiempo destinado a esa finalidad en estricto sentido corresponde para esta época a una interrupción de la jornada de trabajo con ese fin específico de facilitar la noble condición de maternidad y no propiamente a un descanso, porque en los tres meses iniciales es subsumido por la licencia de las doce semanas por el parto. De no entender así la normatividad, se incurría en el error de extender la sanción de ineficacia por el despido de la trabajadora que ha dado a luz a los nueve meses de embarazo y seis posteriores al parto sin miramiento alguno, inteligencia que no corresponde al contenido de las normas.*

***Desde luego lo anterior no significa que durante los tres meses siguientes hasta completar los seis meses de lactancia, la trabajadora quede desprotegida en su estabilidad laboral especial. Lo que sucede es que en estos tres últimos meses tampoco puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia empero, en éste lapso final le corresponde la carga de la prueba a ella de acreditar que ese fue el móvil del despido, a diferencia de la época del estado de gravidez o los tres meses posteriores al parto, que es cuando opera la presunción legal de que la terminación del contrato fue inspirada en el protervo motivo del embarazo o la maternidad o la lactancia. De manera, que si bien hasta los seis meses después del parto existe la garantía especial de protección a la estabilidad en el empleo relacionada con el embarazo, la maternidad y la lactancia hay dos períodos claramente delimitados en la ley: el primero, hasta los tres meses posteriores al parto, como lo pregonó nítidamente el artículo 239 del C.S.T.; y el segundo, por fuera de los descansos o enfermedad por maternidad hasta los seis meses posteriores al parto, con la aclaración de que en ésta segunda hipótesis la carga de la motivación del despido se revierte, tornándose exigente en el sentido de que es quien afirma haber sido despedida por esa censurable razón a quien incumbe demostrarlo. (...) (negrillas fuera de texto)***

*Entrando al análisis en el caso específico que nos ocupa, los supuestos fácticos soportes de la sentencia del Tribunal, no demuestran que el despido de la señora JARAMILLO PIEDRAHITA fue por motivo y con ocasión de la lactancia, por cuanto lo que dio por sentado el ad quem, fue simple y llanamente que el despido se produjo temporalmente en el cuarto mes siguiente al parto, esto es cuando ya había cesado la presunción legal. En consecuencia, correspondía a la parte demandante acreditar que la desvinculación estaba precedida por una represalia o persecución derivada del embarazo, maternidad o lactancia, sin que ello se halle probado en el*

*expediente dado que ninguno de los elementos de convicción allegados al proceso permite arribar a dicha inferencia.*

*De lo que viene dicho, y sin atención a los yerros técnicos que los hacen inviables, los cargos son infundados.”*

Conforme a la jurisprudencia, se procede a revisar si la parte actora cumplió con el deber de demostrar que el despido se dio con ocasión de la lactancia, toda vez que no ha sido objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo, sus extremos, salarios y terminación del contrato de manera unilateral por la empleadora sin justa causa y con el pago de la indemnización correspondiente durante el periodo de lactancia de la demandante.

Al proceso se aportaron como pruebas los siguientes documentos:

Contrato de trabajo a término fijo por 3 meses suscrito entre las partes el 26 de octubre de 2009 para desempeñar el cargo de auditora de cuentas médicas I con un salario de \$664.950. (fls 20 a 27 y 151 a 156) y los diferentes documentos que contienen varias prórrogas (fl. 26 y 157 a 160); la certificación expedida por la demandada que acredita que la actora laboró en la empresa desde el 26 de octubre de 2009 hasta el 7 de octubre de 2016 y que desempeñó el cargo de líder de procesos II (fl. 27); liquidación final del contrato de trabajo de fecha 14 de octubre de 2016 (fl. 30).

En el interrogatorio de parte la representante legal de la demandada manifestó que se le llamó la atención a la demandante de manera verbal, pero no por escrito y que no hubo sanciones; tuvo dos tipos de evaluaciones y en la multireferencial se dieron diferentes quejas, que recibió bonificaciones pero que no son por desempeño sino por el año terminado y se dan por mera liberalidad de la empresa y sin estar ligada al desempeño; que no hubo comunicación formal la trabajadora, pero ella conocía de la transición al sistema de gestión integral. Le informaron formalmente el despido primero verbalmente y mediante comunicación escrita de terminación del contrato sin justa causa con la entrega de todos los documentos correspondientes y a ella se le informó verbalmente cuales eran los motivos. La empresa conocía del embarazo y de los tratamientos anteriores para ello.

La demandante Dinora Sierra en el interrogatorio de parte dijo que no sabe cuales fueron los motivos de la terminación del contrato, que el día que se reintegró le entregaron la carta de despido sin justa causa y no le informaron las causas. Que en enero de 2016 solicitó una reunión para la reducción de la jornada laboral que le permitiera tener un balance entre sus labores como mamá y sus labores en la oficina;

sabe que estaban en el tema de las certificaciones de la empresa, entre ellas la ISO 9001. Negó que existieran diferencias con el Jefe de Producción ni con auditoria. En cuanto a los permisos para los tratamientos para quedar en embarazo la empresa le dio los permisos correspondientes. Dice que no recuerda los motivos de la bonificación pero que se tenían en cuenta las evaluaciones de cumplimiento de objetivos y no todos las recibían y que ella la recibió en el último año, aunque salió en septiembre por la incapacidad. Que antes de ella el cargo jefe de Gestión de Calidad lo desempeñaba un hombre. Que ella no implementó el sistema de Gestión Integral porque no era parte de sus funciones ni objetivos y no existía dentro de las metas, acepta que durante su ausencia le informaron de la entrada de una persona para remplazar a Diana López porque ella pasaría a un área de gestión y desarrollo, pero no lo conoció. Respecto al perfil para el cargo dice que no conocía cuál era, no existía o no se lo hicieron saber. Aceptó que le pagaron todas las acreencias laborales.

El testigo Andrés Bastidas indicó ser ingeniero de producción con dos especializaciones y licencia en seguridad y salud y otros estudios relacionados con seguridad, una certificación internacional como auditor integral, además de amplia experiencia en el área; que el sistema de gestión integral cuando ingresó a la compañía estaba en implementación y a puertas de vencerse, por lo que debían hacerse modificaciones en diferentes aspectos porque entraba un nuevo sistema, no existía política ambiental y el lideró el ingreso al sistema de gestión integral pues la urgencia era cumplir los requisitos legales. Dice que fue seleccionado para el cargo porque la empresa tenía que implementar un sistema gestión integral y él tenía varios años de experiencia y amplio conocimiento en la parte ambiental y en sistemas integrados. La empresa debía cumplir los requisitos de los Decretos 1072 y 1076 más los soportes agregados que tienen estos sistemas por lo que se debían unificar los diferentes sistemas para obtener la certificación, ya que antes solo había una política de calidad. Explicó las labores realizadas para el efecto y las certificaciones obtenidas y que el año anterior a la declaración la empresa obtuvo una calificación de A. Mencionó que no se le indicó que necesitaran un hombre en el cargo. El cargo de Jefe de Gestión Integral incluyó el cargo de Jefe de Gestión de Calidad, porque comprende todas las disciplinas para llevar a la compañía a conseguir el objetivo. No conoce a la demandante ni interactuó con ella, tampoco vio memorandos o llamados de atención a ella.

Edna Carolina Forero Rodríguez administradora de empresas, labora con la compañía desde el 2002 y como jefe de Gestión de Desarrollo Humano desde el 2006 (tacha de sospecha) indicó respecto a la terminación del contrato que la actora en enero de 2016 se comunicó antes del reintegro y solicitó a las Gerencias trabajar medio

tiempo, lo que les remitió y como no era viable no se aceptó y en el momento de reintegrarse se tomó la decisión de terminar el contrato sin justa causa porque habían varios motivos, entre ellos la transición al cambio de sistema de gestión integral y algunas desavenencias que ella tenía con el grupo de auditores. Para la selección de Andrés Bastidas dijo que cumplía con los requisitos de formación y experiencia, hizo el proceso de selección y entrevistas, así como las pruebas de personalidad y confiabilidad y se vinculó a la compañía. Entre las hojas de vida presentadas para el cargo había participantes hombres y mujeres y el cargo de Jefe de Sistema de Gestión de Calidad fue ocupado tanto por hombres como mujeres (2-2). El Sistema de Gestión de Calidad existía antes de la entrada de Andrés y luego se creó el de Jefe de Gestión Integral que absorbió el cargo de Jefe de Gestión de calidad. Respecto de las desavenencias señaló que existieron con el Director de Producción por lo que no volvieron a trabajar como se debía, se dificultaban los procesos por la comunicación y también con los auditores, quienes presentaron inconformidad por el manejo que ella daba a las auditorias, participaciones y hallazgos y una persona del equipo de ella, Diana López, había puesto varias quejas respecto a la delegación, seguimiento y responsabilidad, por la forma en que la actora los manejaba. Cada año se hacían evaluaciones de desempeño y multireferencial y los resultados o aspectos a mejorar en el caso, era el manejo de la comunicación, relaciones personales, mayor seguimiento a las actividades delegadas y otras que no recuerda y en una de ellas se la hizo una retroalimentación. La bonificación está definida por los resultados globales de la compañía y a ella se le reconoció por mera liberalidad de la empresa. La empresa concedió permisos a la actora para el tratamiento para conseguir el embarazo con medicina alternativa, los que podían ser toda la mañana o todo el día. Que en el momento de mirar el proceso de gestión integral sí se tuvo la inquietud respecto al perfil de la demandante por cuante ella era psicóloga. En la compañía laboran el 47% de personal femenino. Respecto a memorandos dijo que habían sido de manera verbal, que en ese entonces lo permitía el reglamento. La terminación del contrato fue sin justa causa. Respecto a las evaluaciones realizadas a la actora fl. 225 a 227, dijo que eran satisfactorias. Que no se justificó el retiro, porque era una terminación sin justa causa y por ello no debía dar explicación alguna, sino el pago de una indemnización. La empresa conocía que la actora estaba en periodo de lactancia. Respecto a que el despido se hizo al momento del reintegro indicó que después de la licencia de maternidad utilizó sus vacaciones y en ese periodo se vieron las necesidades de pasar al sistema de gestión integral y por eso se tomó la decisión.

Diana Patricia López Poveda manifestó en su declaración que laboró con la demandada entre el 2002 y el 2017, conoció a la demandante por haber sido su jefe en el Departamento de Gestión de Calidad durante 5 o 6 años. (tacha de sospecha

su contrato terminó igualmente sin justa causa por la empleadora) Respecto a la terminación del contrato de la demandante dijo que "el mismo día que se reintegró le pasaron la carta de terminación del contrato. Eso es lo único que sé". Que después se implementó el sistema de gestión integral porque llegó otra persona. Que la demandante no fue sancionada por escrito, que tuvo reconocimientos por su desempeño, felicitaciones y bonificaciones que fueron para toda el área. Que ella era exigente con sus trabajadores, pero que esto se relacionaba con el tema laboral, certificaciones, auditorias, calificaciones. El trato era cordial. No conoce sobre perfiles del cargo, pero sí sabía que se estaba implementando el sistema de gestión integral y conoció la transición al sistema de Gestión Integral cuya diferencia fue que antes se trabajaba solo calidad y después se unió ambiental. Sabe que la empresa le dio permisos para el tratamiento para que cumpliera el tratamiento para quedar en embarazo. Conoce que la demandante tuvo desavenencias con el Jefe de Producción de la empresa. Ella hacía parte del equipo auditor y conoce que había personas que no aceptaban las correcciones que ella hacía a los hallazgos que le realizaban. Aceptó haberse quejado de la jefe en las evaluaciones multireferenciales, aunque también hizo observaciones positivas.

Conforme a lo anterior, se observa que en las declaraciones e interrogatorios recepcionados en el curso del proceso, no se mencionó manera alguna, que el motivo para la terminación del contrato de trabajo a la actora hubiera sido el estado de lactancia. En su lugar, se puede prestar atención a que la empresa le dio los permisos para que ella asistiera al tratamiento de fertilidad, lo que incluso fue aceptado por la demandante, luego no puede concluirse que el motivo radicara en su embarazo y posterior lactancia, pero sí que la trabajadora había tenido inconvenientes con los directores de otra áreas de la empresa y también que trataba de cumplir un requisito como era necesario para obtener una certificación como era implementar el Sistema de Gestión Integral, cargo que subsumió el de Gestión de Calidad que desempeñaba la actora y para el nuevo cargo, la empresa buscaba una persona con un perfil específico que no correspondía al de la actora; ello es claro por cuanto la actora es psicóloga mientras la persona que posteriormente fue designada para el cargo de Jefe de Gestión Integral es un ingeniero de producción y la empresa se dedica a la industria editorial.

Se reitera que ninguna de las declaraciones hizo relación alguna a que el despido se debiera al estado de lactancia de la actora y en su lugar si hacen relación a motivos o situaciones diferentes, por lo que considera la Sala que en realidad el cargo de Jefe de Gestión de Calidad se suprimió, contrario a lo indicado en la demanda y en su lugar se creó el cargo de Jefe de Gestión Integral que reunía otras áreas. Así las cosas, considera la Sala que no probó la demandante que el motivo de su despido

hubiera sido su estado de lactancia, pues incluso la demandante dijo desconocer los motivos.

Conforme a la jurisprudencia que se ha traído a colación, es claro que al ser despedida la actora dentro del periodo de lactancia, lo que no fue objeto de controversia, ella tenía la carga de la prueba para acreditar que ese fue el móvil del despido, razón por la que la demandante debía allegar las pruebas que así lo acreditaran, sin que pueda hacerse una suposición al respecto ni que la empleadora deba demostrar cuál fue la causa para el despido, pues precisamente en la comunicación del 28 de enero de 2016 (fl. 28) se indicó: "Teniendo en cuenta la ausencia de una justa causa para dar por terminado el vínculo contractual, de conformidad con el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo"... "la compañía procederá a realizar a su favor el pago por concepto de la indemnización por disposición legal le corresponde" y en este caso no se demostró de modo alguno que el móvil de la terminación del contrato hubiera sido la situación de lactancia de la trabajadora, toda vez que ni siquiera la actora en el interrogatorio de parte manifestó conocer que éste hubiera sido el motivo.

En consecuencia, la demandada podía hacer uso de la facultad que le otorga la ley para despedir a un trabajador sin justa causa con el correspondiente pago de la indemnización, lo que en efecto cumplió la demandada.

Conforme a lo expuesto se habrá de revocar la sentencia de segunda instancia y en su lugar se **ABSOLVERÁ** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

**Costas.** - Las de primera instancia se revocan y en su lugar se condena en costas a la parte actora, las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

## DECISIÓN

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

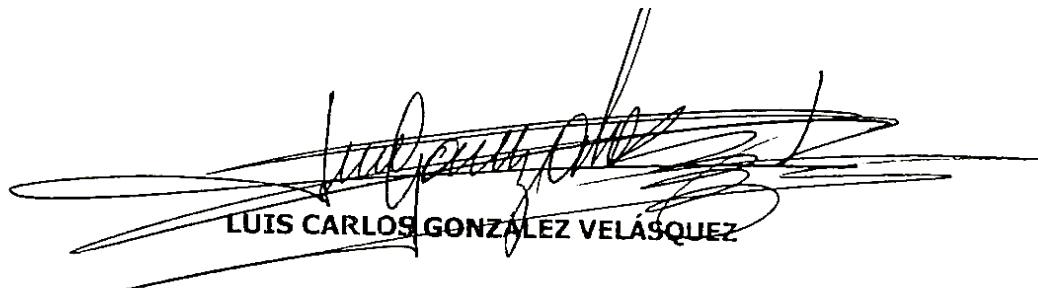
## RESUELVE

**PRIMERO. - REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de septiembre de 2020 y en su lugar ABSOLVER a la

demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. -: COSTAS** Las de primera instancia se revocan y en su lugar se condena en costas a la demandante. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

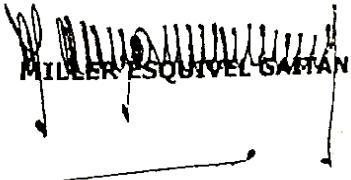
**Notifíquese y cúmplase**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MAURICIO GARCÍA VILLEGAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LAS AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. Y OLD MUTUAL S.A. Rad. 2020 – 00040 01 Juz. 21.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**MAURICIO GARCÍA VILLEGAS** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a las **AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. Y OLD MUTUAL S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 3 del expediente físico.

- Se declare la ineeficacia del traslado efectuado por el demandante en el año 2001 a la AFP PROTECCIÓN S.A. por falta de información completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, así como la ineeficacia de los trasladados realizados con posterioridad a las AFP PORVENIR S.A., Y OLD MUTUAL S.A.
- Se retrotraigan las cosas al estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tener como afiliado al demandante en el régimen de prima media con prestación definida.
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 4. El señor MAURICIO GARCÍA VILLEGAS se trasladó del régimen de prima media administrado para la época por el ISS al régimen de ahorro individual administrador por las AFP demandadas sin que el asesor comercial le brindara una información clara, competente y oportuna acerca de las ventajas y desventajas del traslado de régimen y en especial no se hizo un estudio de su situación particular. Que nació el 13 de enero de 1959 por lo que cumplió 62 años en el 2021 y al realizarse la simulación de su pensión la AFP OLD MUTUAL le proyectó una mesada pensional de \$4.263.284 y su lugar, conforme a la simulación en el régimen de prima media le correspondería una mesada de \$11.484.765,06 lo que evidencia una mesada ostensiblemente superior. Que ha cotizado 1618 semanas entre el 30 de septiembre de 1984 hasta el 13 de enero de 2021 y presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 5 de noviembre de 2019 quien respondió de manera negativa el 6 de noviembre del mismo año, con lo que se encuentra agotada la reclamación administrativa.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de esta ciudad el 9 de julio de 2020 (fl.37), notificadas las demandadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo, las llamadas a juicio contestaron la demanda de la siguiente manera:

**PORVENIR S.A.-** Contestó la demanda en los términos que se observan en el CD. que obra a folio 39.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con el traslado de fondo y negó los demás
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** dio respuesta en los términos del documento que obra en el CD. visto a folio 41.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el traslado de régimen, la edad del demandante, la reclamación administrativa, la respuesta dada por COLPENSIONES y el agotamiento de la reclamación administrativa. Manifestó que no le constan los demás hechos.
- Formuló como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho a regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **AFP OLD MUTUAL** dio contestación a la demanda en los términos del escrito que obra en el CD. visto a folio 43.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra
- Aceptó los hechos relacionados con la edad del demandante y el traslado de régimen y negó o manifestó que no le constan los demás.
- Propuso como excepciones de fondo las de no participación ni intervención al momento de la selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen debido a la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, ineficacia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría o información, los supuestos fácticos del proceso no son iguales ni similares a los de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** Contestó la demanda en los términos del escrito contenido en el CD. visto a folio 55.

- Se opuso a todas las pretensiones.
- En cuanto a los hechos de la demanda manifestó que no son ciertos o no le constan.

- Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica

Mediante auto del 2 de marzo de 2021 (fl.58) se dispuso la vinculación como llamado en garantía de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA., quien una vez notificado contestó la demanda en los términos que se observan en el CD. visto a folio 68.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Manifestó que no le constan los hechos de la demanda
- Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción, innominada o genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 1º de octubre de 2021 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por el demandante MAURICIO GARCÍA VILLEGAS efectuado el 16 de febrero de 2001 con fecha de efectividad del 1º de abril de 2001 a la AFP PROTECCIÓN S.A. y en consecuencia declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida. Condenó a las AFP SKANDIA, PROTECCIÓN Y PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y los dineros destinados a la garantía de pensión mínima y gastos de administración con cargo a sus propios recursos. Declaró NO probadas las excepciones propuestas por las AFP PORVENIR. S.A. PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES. Absolvió a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probadas las excepciones propuestas por MAPFRE COLOMBIA VIDA S.A. Condenó en costas a las demandadas.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ desde la creación de las AFP existe la obligación de informar adecuadamente a los afiliados al momento del traslado de régimen, cuya carga de la prueba corresponde a las AFP demandadas. Consideró, conforme a las pruebas allegadas al expediente, que el actor cotizó al ISS inicialmente y que el traslado de régimen se efectuó en el año 2001 sin que se tuviera en cuenta la situación particular del afiliado para ese momento. Las AFP no demostraron haber cumplido con la carga

que les asistía de informar al demandante de manera completa y adecuada sobre las implicaciones del traslado de régimen, por lo que con la simple suscripción del documento no era suficiente prueba para probar que se cumpliera con el deber de información para lo que tuvo en cuenta también las demás pruebas allegadas; resaltó que no obstante los conocimientos del demandante ello no era prueba suficiente para demostrar que tenía conocimientos sobre las desventajas del traslado en el tema del sistema pensional y por tanto era procedente declarar la ineficacia del traslado y tener como válida la afiliación del actor al régimen de prima media con prestación definida. Respecto a los traslados horizontales conforme a la jurisprudencia ello no era fundamento para tenerlo como confirmación de su interés de permanecer en el RAIS. Ordenó devolver a COLPENSIONES las cotizaciones, los rendimientos, bonos pensionales, los dineros destinados a la garantía de pensión mínima, los gastos de administración a cargo del propio peculio de las AFP demandadas en el término de un mes. Condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante al régimen de prima media. Absolvió a Mapfre Colombia Vida S.A. y condenó en costas a las demandadas.

### **Recurso de Apelación**

**PROTECCIÓN S.A.** - Apela respecto de la devolución de los gastos de administración y seguros, ya que la entidad está facultada por ley para efectuar el descuento del 3% para pagar los gastos de administración y seguros previsionales que opera en los dos regímenes y con la orden del juzgado de devolverlos se está constituyendo un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES; adicionalmente, los seguros previsionales fueron cancelados a la aseguradora y la entidad nada tuvo que ver en el traslado.

**PORVENIR S.A.** - Interpuso recurso de apelación parcial en relación con la devolución de los gastos de administración con los argumentos ya expuestos y además, porque respecto de ellos prospera la prescripción porque no financian la pensión de vejez.

**SKANDIA S.A.** - Interpuso recurso parcial en cuanto a los gastos de administración por cuanto el Decreto 3935 de 2008 artículo 6 señala cuales son los valores que se deben trasladar en estos casos y la jurisprudencia en un auxiliar de la justicia por lo que se debe tener en cuenta es el mencionado artículo y no la jurisprudencia, pues no existe un vacío en la norma; además estos valores se encuentran en manos de

MAPFRE. Solicita se declare probada la excepción de prescripción frente a los gastos de administración pues estos dineros corresponden a una relación entre la AFP y la asegurada mediante un contrato de seguros y las acciones que de ello se derivan prescriben en dos años, por lo que estarían prescritos los pagos de primas que se efectuaron en periodos anteriores. Respecto a la absolución a MAPFRE señala que existen respaldos legales para que prospere el llamamiento en garantía conforme al artículo 64 del C.G.P. y 1137 del C.Co., porque se dan los presupuestos allí establecidos y su representada esta siendo obligada a pagar los dineros de los seguros previsionales por lo que solicita se tenga en cuenta el llamamiento en garantía.

**COLPENSIONES** - Solicita se revoque en su totalidad la sentencia, por estar demostrado que el demandante conocía las ventajas y desventajas del traslado como se avizora en el interrogatorio de parte al demandante, por lo que no se puede alegar una falta de información, más cuando el demandante ha realizado escritos respecto del régimen pensional. Además, realizó actos de relacionamiento lo que acredita que recibió asesoría y tuvo oportunidad de volver al régimen de prima media. Respecto de la carga de la prueba, el formulario era el único documento con el que contaba la AFP pues la ley no exigía para entonces ninguna otra prueba. En caso de no acogerse sus argumentos, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución de la totalidad de los dineros indexados a que haya lugar. Respecto de la condena en costas manifiesta que la administradora no participó en el traslado, sino que es un tercero que nada tuvo que ver.

**MAPFRE.** - No interpuso recurso.

### **Alegatos ante este Tribunal**

**Parte demandante:** Cita la sentencia con radicación 54814 del 14 de noviembre de 2018, en la que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral indicó que existiría ineeficacia y/o Nulidad en la afiliación realizada, cuando se presenten 3 aspectos: 1. "Cuando quiera que la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho"; 2. "no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad" y 3. "en los términos del artículo 1064 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser

ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional”, pruebas que en el caso materia de análisis brillaron por su ausencia, ya que la demandada no allegó al proceso ningún elemento probatorio que demuestre la calidad de la información brindada al demandante.

**Parte demandada:**

**PORVENIR:** Solicita se REVOQUE la sentencia de primera instancia, y en su lugar se absuelva a su representada; sin embargo, como el objeto de apelación solo se presentó respecto de lo dineros a devolver a COLPENSIONES se tendrá lo que sobre este aspecto manifestó:

Que el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (... )”, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma. Y es que, en virtud del artículo 1746, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones o pautas. Si el negocio ha sido cumplido, total o parcialmente, por una de las partes o por ambas, la situación se retrotrae al estado en que las partes estarían de no haber celebrado el negocio. Es en esta circunstancia donde tienen cabida las restituciones de que trata el artículo 1746, que después de consagrarse la regla general según la cual la nulidad judicialmente pronunciada da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones y pautas y en consecuencia, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor COLPENSIONES.

**COLPENSIONES:** En síntesis, reiteró los argumentos expuestos en la alzada.

**SKANDIA:** Indicó que los descuentos generados por gastos de administración se realizan por mandato legal, además, al ordenar su devolución sin haber sido

debatidos ni solicitados en la demanda constituye una vulneración al derecho de defensa, debido proceso y contradicción de la AFP. De otro lado, dijo que el precedente jurisprudencial no puede aplicarse a este caso, además, que al ordenar la devolución de esas sumas indexadas constituye un enriquecimiento sin causa, hizo referencia a que las sumas descontadas periódicamente se les aplica el fenómeno de la prescripción y explicó que la orden emitida en primera instancia no puede ser asumida de su propio patrimonio sino debe ser ordenada a MAPFRE, quien actuó como llamada en garantía.

**Llamada en garantía:** Guardó silencio.

## **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, la condena a restituir las sumas de gastos de administración y seguro previsional y la condena en costas.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 13 del expediente digital, contentivo de la solicitud elevada ante COLPENSIONES radicada el 5 de noviembre de 2019 y la consecuente respuesta negativa del fondo público el 9 de noviembre de 2019 (fl.15), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional**

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que se encuentra afiliado al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación 16 de febrero de 2001 con fecha de efectividad del 1º de abril de 2001 a la AFP PROTECCIÓN S.A., afiliación que se encuentra vigente.

## **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP PROTECCIÓN S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien el demandante diligenció una solicitud de vinculación el 16 de febrero de 2001 con fecha de efectividad del 1º de abril de 2001 a la AFP PROTECCIÓN S.A., como se indicó anteriormente, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021<sup>3</sup>, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>4</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

---

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

<sup>3</sup> "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

<sup>4</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanen de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios

Nada de lo anterior demostraron las AFP PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A., ya que se limitaron a manifestar que el actor diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero, sin embargo, conforme al interrogatorio de parte absuelto, es claro que el asesor no le explicó ni ventajas ni desventajas de pertenecer al RAIS ni las condiciones para acceder a una pensión en el fondo privado, pero sobre todo que no se tuvo en cuenta cual era su situación personal frente a la pensión, de donde se puede concluir que no le beneficiaba el traslado de régimen lo que hubiera sido claro para él si el asesor le hubiera suministrado una información clara y suficiente para conocer las ventajas y desventajas del traslado de régimen.

Una vez verificada la declaración rendida y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que las AFP demandadas no demostraron haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS o por el traslado entre AFP, que se alegan en el recurso como actos de relacionamiento.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón<sup>5</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado

---

e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”

<sup>5</sup> “Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

y no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no autoriza su traslado, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

*"Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".*

En cuanto la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, sino de la ineficacia del traslado realizado, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, régimen al que se encontraba afiliado antes del traslado al RAIS.

### **Orden de devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional.**

Respecto a esta condena, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que *"El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones"*

---

*Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.*

*Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.*

*(...)*

*En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).*

*legales*", en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones 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 lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público (SL2877-2020) sin que con ello se genere un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público.

*"El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida."*

Igualmente, en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

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

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Respecto de la **prescripción** de estos dineros que argumenta PORVENIR S.A., es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que "El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales", en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones TODOS los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración, realizando la claridad que, si bien los fondos de pensiones privados se rigen como las entidades financieras, no es menos cierto que el dinero que aquí están administrando no les pertenece a ellos, sino a la afiliada, la cual, lo deposita en la cuenta de dicho fondo con el único objetivo de solventar en el futuro su beneficio pensional, el cual se encuentra enmarcado dentro del derecho a la seguridad social y que, es irrenunciable, innegociable e imprescriptible, por lo tanto, tampoco se aplica el fenómeno de la prescripción de dichas sumas.

En relación con el **llamamiento en garantía a MAPFRE S.A.**, es necesario resaltar a la recurrente que la condena al pago de los dineros que corresponden a gastos de administración y seguros previsionales corresponde a ella, de su propio peculio, como consecuencia de la ineficacia del traslado, por lo que se debe mantener la decisión de primera instancia que absolvió a la aseguradora de las pretensiones de la demanda.

Por último, en cuanto a la condena en **costas** a COLPENSIONES, es necesario tener en cuenta que conforme al artículo 365 del C.G.P. se condena en costas a la parte vencida en el proceso y en este caso la recurrente resultó vencida en el proceso, no se allanó a la demanda y por el contrario se opuso a las pretensiones de la parte actora, razón por la cual procede la condena en costas.

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

## COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **PROTECCIÓN S.A., Y SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.** Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida el primero (1º) de octubre de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

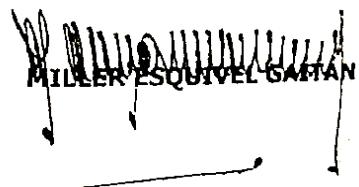
**SEGUNDO. –** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PROTECCIÓN S.A. SKANDIA S.A. PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.** Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

## NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SANDRA ELIZABETH AVENDAÑO  
BRUNAL CONTRA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A.**

**Rad. 2016 - 00129 01. Juz 25.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**SANDRA ELIZABETH AVENDAÑO BRUNAL** demandó a **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 53 y 54 del expediente físico.

- Existencia de contrato de prestación de servicios
- Se declare que la demandada debe pagar los honorarios pactados en el contrato 12076-003-2014
- Se condene a la demandada a pagar con concepto de honorarios la suma de \$27.546.733
- Intereses moratorios
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen en los folios 52 a 53 del expediente físico. Expuso que el 23 de enero de 2014 suscribió con la demandada FIDUPREVISORA S.A. quien representa al PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el contrato de prestación de servicios profesionales 12076-003-2014 para prestar servicios de análisis técnico de las facturas por concepto de alto costo presentadas por la UNIÓN TEMPORAL oriente región 5.

Como contraprestación la demandada se obligó a pagar \$1.500.000 por cada millón facturado en razón a servicios de salud de alto costo, expedidas por la prestadora de salud, conforme al contrato de prestación de servicios, respecto de los cuales la demandada adeuda la suma de \$27.934.412; pues no ha cubierto las sumas adeudadas conforme las cuentas de cobro presentadas el 24 de julio de 2014, 3 de septiembre de 2014, 13 de enero de 2015 y 30 de julio de 2015.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de esta ciudad el 27 de julio de 2016 (fls. 57), una vez notificada la demandada a la parte pasiva y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo, NO contestó la demanda la FIDUPREVISORA S.A. conforme al auto que obra a folio 61 del expediente físico y tampoco asistió a la audiencia de conciliación celebrada el 3 de mayo de 2019 (CD. fl. 76), sin aportar prueba sumaria que justifique su inasistencia por lo que se declaró confesa de los hechos de la demanda numerales 1º a 21 y se indicó que admiten prueba en contrario.

Presentado en el proceso el conflicto de competencia respecto de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, mediante auto del 14 de septiembre de 2018 se resolvió continuar conociendo del proceso. (fl. 67 y 68)

### **Sentencia de primera instancia**

El Juzgado veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el 29 de octubre de 2021, en la que declaró la existencia del contrato de prestación de servicios profesionales No. 12076-0003-2014 entre la FIDUPREVISORA como vocera del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO entre el 23 de enero y el 24 de agosto de 2014. Condenó a la demandada FIDUPREVISORA S.A. como vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al pago de la suma de \$27.546.733 por concepto de honorarios y la suma de \$11.544.579 por concepto de intereses sobre las sumas adeudadas y condenó en costas a FIDUPREVISORA en la suma de \$2.700.000

Llegó a esta determinación luego de revisar las pruebas allegadas por la demandante toda vez que la demandada no contestó la demanda. Indicó que la demandante cumplió con todos los requisitos del contrato 12076-003-2014 celebrado entre la FIDUPREVISORA en nombre y representación del PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO visto a folios 37 a 44 con fecha 23 de enero de 2014, cuyo objeto obra en la cláusula primera vista

a folio 38 que consistía prestar los servicios de análisis técnico de las facturas por concepto de alto costo presentadas por la Unión Temporal Oriente Región 5; en la cláusula segunda se pactó como valor del contrato la suma de \$55.481.145 y en la cláusula tercera el término de duración del contrato por tres meses. Analizó las pruebas documentales allegadas conforme a las cuales pudo observar los trámites adelantados por la demandante, los informes presentados y acorde con los testigos consideró dable concluir que existió el contrato en mención y que la demandante cumplió con el objeto del contrato. Sobre el reconocimiento de los honorarios parciales adeudados por la demandada, tuvo por confesos los hechos que eran susceptibles de confesión por la inasistencia de la parte demandada a la audiencia de conciliación del 3 de mayo de 2019, toda vez que no observó prueba alguna que los desvirtuara y conforme a las declaraciones allegadas al proceso era claro que la demandada adeudaba los valores que reclama la demandante. En consecuencia, condenó a la demandada al pago de los honorarios faltantes debidamente indexados y al pago de los intereses legales, pues si bien, no se pactaron en el contrato, lo cierto es que estos eran viables conforme al artículo 1617 del C.C. por lo que liquidó los intereses legales en porcentaje del 6% anual desde el 28 de agosto de 2014 hasta el 29 de octubre de 2021 y condenó en costas a la demandada.

### **Recurso de apelación**

**Parte demandada:** Interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, para lo que argumentó que es cierto que se suscribió el contrato de prestación de servicios con la FIDUPREVISORA, pero que en el mismo en la cláusula segunda parágrafo segundo se disponía un requisito que se debía verificar, como era el cumplimiento del contrato por parte del supervisor del contrato, lo que no se aportó pues no se cumplió con este requisito. Además, la FIDUPREVISORA administra los fondos del magisterio por lo que cuenta con un procedimiento para efectuar el pago y por ello debe presentar la cuenta de cobro y el certificado del informe de gestión del supervisor y analizadas las pruebas allegadas no se aportaron; por lo que considera debe absolverse a la demandada.

### **Alegatos ante este Tribunal**

**Parte demandante:** En escrito presentado tres veces, manifestó que debe confirmarse la decisión de primera instancia por cuanto los elementos probatorios demuestran que la demandada no ha pagado los honorarios que corresponden.

**Parte demandada:** Indicó que no se demostró el cumplimiento total del contrato por parte de la actora, además, que no cumplió con el procedimiento establecido

por la entidad para el cobro de las sumas reclamadas y reiteró los requisitos para hacer efectiva la cuenta de cobro, los cuales mencionó en el recurso.

## CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66<sup>a</sup> del C. P. T y S. S., así: “La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”, el cual se limitará a los aspectos que fueron objeto de la apelación ya que no fue objeto de controversia la existencia del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes.

**Cumplimiento de los requisitos del contrato.** - Señala la recurrente que la demandante no cumplió con el requisito establecido en el parágrafo segundo de la cláusula segunda conforme al cual constituye requisito previo para tramitar cada pago la certificación escrita del Supervisor del contrato en relación con los servicios prestados y presentación de la factura correspondiente.

Conforme al informe rendido por el representante legal de la demandada que obra a folios 117 a 118 se tiene que la demandada acepta la existencia del contrato de prestación de servicios y a la pregunta décima sobre si el supervisor del contrato solicitó alguna modificación o informó de alguna inconsistencia o incumplimiento del contrato respondió, que lo desconoce; pero que revisados los antecedentes y documentos que reposan en el aplicativo ORFEO el 6 de marzo de 2015 se notificaron a la demandante algunas inconformidades respecto a la entrega extemporánea de los resultados de auditoría y que se realizaría una auditoría de segundo orden en el mes de julio de 2015, por lo que el pago se encontraba pendiente; sin embargo no se aportaron al proceso cuáles fueron las inconformidades, tampoco la auditoría de segundo orden y no se manifestó si esta se realizó, como tampoco se indicó si con posterioridad, se dio cumplimiento por la actora respecto a las inconformidades del supervisor.

La testigo Johana Poveda (jefe de pagos en la dirección de afiliaciones y recaudos de la época) manifestó que la actora desempeñó un contrato para unas auditorías de servicios de alto costo y recibió la solicitud de pago del contrato de prestación de servicios de la demandante; que el pago tenía que cumplir con unos requisitos y ella realizó un pago de este contrato, pero el pago faltante se realizaba al final de contrato. No le cancelaron el faltante, tanto a ella como los demás, aunque se entregaron todas las solicitudes que le hicieron por parte del supervisor del contrato; y sabe que la actora presentó las solicitudes y cuentas de cobros correspondientes

y estaban pendientes de autorización por la FIDUPREVISORA. En relación con los requisitos dijo que ella sí cumplió con los requisitos que debía acreditar para el primer pago, pero en el informe decía que una vez cumpliera con el 100% con lo solicitado se le autorizaría el pago y para cuando ella hizo el primer pago la demandante ya había cumplido con el 100% de los requerimientos. Respecto de la certificación del supervisor del contrato dijo que para entonces no había una certificación del supervisor.

Sandra Milena Mendoza manifestó que la actora tenía un contrato con FIDUPREVISORA para hacer las auditorias de las cuentas medicas de alto costo más o menos desde enero a mitad de año del 2014. Respecto del pago sabe que le hicieron un pago del 50% pero no más. La testigo dijo haberle ayudado y auditó algunas cuentas de Santander. Respecto de los requisitos dijo que se tenía que pasar un informe que ella cumplió cuando se terminó la auditoría de todas las cuentas, no conoce que hubiera objeción a las cuentas.

De las pruebas allegadas y analizadas e conjunto se puede concluir que la actora presentó los informes requeridos por el supervisor para la autorización del pago adeudado y según actas de revisión de alto costo que obran a folios 20-21 y 23-24 suscritas no solo por la actora, sino también por el auditor médico y el analista de alto costo el 2 y 3 de agosto y el 23 y 24 de agosto de 2014 se “validaron los registros objetados por la auditoría externa del alto costo” por lo que la actora cumplió con su parte de la obligación y sin embargo la demandada, no obstante, que no hizo manifestación alguna sobre el cumplimiento de los requisitos, o por lo menos no lo probó en el proceso, pues se reitera que no contestó la demanda; tampoco demostró haber hecho ninguna otra observación a las cuentas de cobro presentadas por la actora y omitió hasta la fecha, expedir la correspondiente certificación del supervisor o la inconformidad respecto de la cuenta presentada, si es que a ello había lugar.

Lo anterior, por cuanto acorde con la cláusula segunda del contrato (que sirve de fundamento a la apelación) ésta debía ser expedida a más tardar dentro de los 5 días hábiles del mes siguiente a la presentación de la factura de pago; por lo que si dentro de los 5 días con los que contaba la demandada para manifestar inconformidad por parte del supervisor, no lo hizo, es de entender que fue aceptada la cuenta de cobro y en consecuencia se entendía cumplido este requisito, pues no puede ser de recibo que la entidad omita un trámite que a ella le corresponde y con fundamento en ello, se niegue a reconocer el pago de los honorarios pactados en el contrato suscrito con la demandante; no obstante encontrarse acreditado el cumplimiento del objeto para el que fue contratada, lo cual no ha sido objeto de controversia en el proceso y se corrobora con los testimonios allegados al proceso.

Conforme a lo expuesto se **CONFIRMARÁ** en **todas sus partes** la decisión de primera instancia.

**Costas.** - Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Fíjense la suma de quinientos mil pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

## **DECISIÓN**

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de octubre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Fíjense la suma de quinientos mil pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

## **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HEIDY ALEXANDRA RODRÍGUEZ  
RODRÍGUEZ contra COREAMCOL S.A.S. Rad. 2017–00484 01. Juz. 28.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

HEIDY ALEXANDRA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ demandó a COREAMCOL S.A.S., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 y 4 (expediente físico)

- Se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal entre el 30 de enero y el 30 de junio de 2016 y contrato de trabajo escrito a término fijo entre el 1º de julio y el 19 de diciembre de 2016
- Se declare la terminación unilateral del contrato de trabajo
- Pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y licencia de maternidad
- Indemnización del artículo 239 del C.S.T.
- Indemnización del artículo 64 del C.S.T.
- Indemnización moratoria
- Indexación
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 6. Que entre las partes existió un primer contrato de trabajo verbal entre el 30 de enero y el 30 de junio de 2016 y a continuación suscribieron un contrato de trabajo a término fijo el 1º de julio de 2016 para desempeñar el cargo de Monitora de Centro de Demostración, con un salario mínimo más auxilio de transporte. Que recibió un dinero para la compra de un cinturón el cual le fue hurtado, pero ella asumió la responsabilidad, por lo que debió

firmar un memorando y le fue descontado un valor mensual de su salario. Que fue suspendida por 8 días sin haber sido llamada a descargos y el día del reintegro (7 de octubre de 2016) fue suspendida nuevamente sin diligencia de descargos por un término de 60 días.

Que la empresa le comunicó que había puesto una acción ante el Ministerio del Trabajo y ante la Fiscalía General de la Nación. A partir del 7 de septiembre de 2016 fue reubicada en la recepción donde recibió nuevamente llamados de atención y fue suspendida por 3 días el 15 de diciembre de 2016.

Que la demandante fue afiliada a seguridad social en el mes de agosto de 2016 y no recibió la licencia de maternidad por no estar afiliada todo el tiempo del embarazo. Que presentó renuncia el 19 de diciembre de 2016 por el trato humillante del que venía siendo víctima al ser tratada de ladrona delante de sus compañeros. La hija de la demandante nació el 6 de mayo de 2017 y Compensar emitió una licencia de maternidad del 6 de mayo de 2017 al 8 de septiembre de 2017.

La demandada no pagó los salarios de agosto a diciembre de 2016, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, la indemnización de que trata el artículo 239 del C.S.T., la licencia de maternidad ni la indemnización por despido.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta ciudad el 1º de agosto de 2017 (fl. 38 expediente digital), notificada la demandada y corrido el traslado respectivo, la parte pasiva COREAMCOL S.A.S. contestó la demanda de la siguiente manera:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó el inicio de la relación laboral a partir del 1º de julio de 2016, la labor desempeñada por la demandante, el llamado de atención de fecha 27 de septiembre de 2016 y los hechos ocurridos el 17 de septiembre de 2016, los diferentes llamados de atención, las denuncias ante el Ministerio de Trabajo y ante la Fiscalía General de la Nación, aceptó parcialmente otros y negó los demás.
- Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido.

## **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 29 de octubre de 2021 en la cual dispuso declarar que entre las partes existieron dos contratos de trabajo: el primero de carácter verbal, desde el 29 de febrero al 1º de junio de 2016 y el segundo, escrito entre el 1º de julio y el 19 de diciembre de 2016.

Declaró la ilegalidad de la sanción impuesta a la demandante el 7 de octubre de 2016 y condenó a la demandada al pago de los siguientes valores y conceptos por el primer contrato de trabajo:

- Cesantías \$176.194
- Intereses a las cesantías \$5.403
- Prima de servicios \$176.194
- Vacaciones \$88.097 debidamente indexados

Por el segundo contrato condenó al pago de un valor de \$149.965 como saldo insoluto de la liquidación final de prestaciones. Condenó a la demandada al pago de \$22.981 diarios a partir del 2 de junio de 2016 y hasta el momento en que se verifique el pago de las prestaciones adeudadas. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la parte demandada.

Llegó a esta determinación luego de analizados los testimonios allegados de los que concluyó que desde febrero de 2016 la demandante les colabora en las actividades propias de la empresa e intervenía en las terapias que realizaba el centro de demostración bajo la subordinación y dependencia de la demandada, toda vez que le llamaron la atención el 15 de abril de 2016 mediante memorando visto a folio 14, por un incidente ocurrido con una cliente donde le recuerdan el buen trato a los asistentes y que al próximo llamado de atención se daría por terminado el contrato de trabajo. Respecto a los extremos temporales señaló que conforme a los testigos la demandante empezó a asistir a prestar sus servicios en el mes de febrero por lo que tuvo como fecha de inicio el 29 de febrero de 2016 y de finalización hasta el primer día del mes de junio. Por estos motivos declaró la existencia del contrato de trabajo y al pago de las acreencias laborales antes señaladas. Respecto del contrato escrito se atuvo a los extremos acreditados y condenó a la demandada a cancelar las diferencias resultantes respecto del pago efectuado mediante depósito judicial. Condenó al pago del salario correspondiente a los dos meses por la sanción impuesta a la trabajadora al declararla invalida pues ya había sido sancionada por el abuso de

confianza por lo que la empresa no podía imponer una nueva sanción por la misma causa. En cuanto a la licencia de maternidad mencionó que la demandante para la fecha del nacimiento de su hija ya no estaba laborando para la empresa pues había renunciado y la demandada canceló oportunamente los aportes a seguridad social.

En relación con el despido de la trabajadora no encontró demostrado este hecho, pues no demostró la parte actora, la existencia de los malos tratamientos, ya que los testigos no tuvieron conocimiento de estos. Absolvió de la indemnización del artículo 239 del C.S.T., por cuanto la terminación del contrato se dio por renuncia voluntaria de la trabajadora y no se demostraron los hechos que lo motivaron.

En cuanto a la sanción moratoria indicó que había lugar a ella, al observar que la empleadora adujo un periodo de "afianzamiento" para sustraerse en el pago de sus obligaciones laborales y ella era la única aspirante al cargo que estuvo en esta situación, por lo que impuso la condena al pago de la indemnización moratoria por este contrato.

## **APELACIÓN.**

**Parte actora.** - No interpuso recurso de apelación.

**Parte demandada.** Interpone recurso de apelación respecto de lo cual argumenta que no se demostró, conforme a los testimonios, la fecha a partir de la cual ingresó la actora a prestar sus servicios pues el centro o lugar de trabajo es para utilización gratuita de los elementos que allí se instalan por lo que no está demostrada la fecha de inicio de prestación de servicios de ese primer contrato. Además, a la actora se le pagaba en las oportunidades en que se presentaba a realizar la gestión por lo que estaba en tela de juicio la existencia del contrato y solo ahora se declara su existencia y por tanto no había lugar a la sanción moratoria pues no existió mala de la demandada.

Respecto a las sumas a que fue condenada por este contrato, solicita se modifiquen conforme a la fecha en que se acredice el inicio de la relación laboral. En cuanto a la ilegalidad de las sanciones de los 2 meses dice que se le aplicó esta sanción por la disposición que ella hizo del dinero sin la autorización de los jefes, para realizar el negocio y aceptó haber recibido el dinero de la empresa estando en incapacidad médica donde se comunicó con la cliente y le solicitó le consignara el dinero a su cuenta personal, lo cual hizo la cliente; y conforme a los descargos ella se comprometió a reintegrarlo, infracción que es grave frente a la empresa.

En cuanto a los saldos adeudados solicita se revisen las liquidaciones realizadas respecto de la diferencia que se ordena cancelar.

### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Advirtió que, si se configuró un despido indirecto por las sanciones consecutivas e injustificadas que recibió estando en condición de embarazo, por lo que procede la indemnización correspondiente, la cual, indicó que debe ser declarada en la instancia teniendo en cuenta el principio de favorabilidad, sin embargo, advierte la Sala que dicha situación no fue recurrida en la oportunidad procesal pertinente, por lo tanto, no se emitirá pronunciamiento al respecto.

**Parte demandada:** Advierte la Sala que el escrito presentado el 10 de noviembre de 2021 denominado “Sustentación del recurso” no se tendrá en cuenta, por no ser la etapa procesal oportuna para dicha situación. Ahora bien, respecto del escrito presentado en término del traslado de alegatos, la entidad indicó que de los testimonios recaudados no se puede establecer con claridad el extremo inicial de la relación laboral, el cual se debió tener conforme la fecha de comunicación de llamado de atención, que la sanción aplicada a la actora la cual fue declarada ilegal por el A quo se encuentra ajustada a la situación fáctica ocurrida y expresó su inconformidad con la indemnización moratoria del Art. 65 ya que no existió mala fe por cuanto la empresa en ningún momento consideró la existencia de un contrato laboral entre las partes.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: “La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”.

#### **Parte demandada. -**

**Existencia contrato de trabajo verbal.** - Argumenta que conforme a los testimonios no está demostrada la fecha a partir de la cual ingresó la actora a prestar sus servicios, por lo que se pasan a revisar las pruebas allegadas.

La representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte manifestó sobre este punto en particular que la conoció el 29 de febrero de 2016 que llegó con

otra compañera y le dio instrucciones de como hacen contratos en la empresa y aceptó que asistía para conocer de qué se trata la empresa y tenía libertad para venir a las demostraciones para hacer las terapias y escuchar las charlas de los empleados. Ella vino frecuentemente y estaba conociendo la labor. Después empezó a ayudar como una auxiliar de sus compañeros, pero no tenía una función específica.

En el interrogatorio de parte de la demandante indicó al respecto que se vinculó a la sociedad por una compañera el día 2 de febrero de 2016 y estuvo una semana haciendo aseo a equipos y aprendiendo como se utilizaban los equipos; empezó a trabajar con su compañera en el horario normal de trabajo y un salario mínimo legal y renunció porque no le habían dado contrato, pero la demandada la llamó ese mismo día para que volviera y regresó a laborar hasta diciembre.

Édison David Alba, laboró con la demandada entre 2014 y 2018. Sobre el periodo de la relación verbal dijo que la conoció en febrero el 2016 en los Centros de Demostración de la compañía, que estaban buscando personas que hicieran parte de la compañía y luego empezó a trabajar como monitora a mitad de año. Respecto a que ella asistía como usuaria dijo que para el cargo no se reciben de manera normal, sino que primero se hace un acercamiento para la experiencia como un cliente con el fin de que no hubiera malentendidos respecto a lo que iban a experimentar en su jornada laboral. Que se le recomendaba ir con frecuencia para que mejor se empapara de los temas, pero no costeaba pasajes ni almuerzo y era como para ver que tanto interés tenía la persona en la compañía. Dijo que en abril le diagnosticaron cáncer y por eso en eso ella (Alexandra) lo remplazaba cuando tenía que asistir a sus tratamientos ya que era la única aspirante con la que contaban y recibió una remuneración económica por esas ayudas y a mitad de año se suscribió el contrato de trabajo. En cuanto a la sanción dijo que el utilizó un formato de la empresa para puntualizar el buen trato y demás pero que había sido una omisión de su parte no haber informado a la compañía, pues solo era una corrección al comportamiento de la demandante, pero fue un error de su parte.

María Fernanda Fonseca Montañez manifestó que ingresó el 1º de febrero de 2016 a la compañía es monitora y asesor comercial. Conoce a la actora porque prestó servicios laborales en junio del año 2016 en el Centro de Demostración Prueba y venta de equipos biomédicos, fue su compañera 6 o 7 meses. Que para ingresar deben asistir y conocer el lugar como un usuario normal para que conozcan los equipos sin ningún acuerdo con la empresa y sin horario. Conoce de la discusión con una usuaria y de un problema con un producto del que recibió un dinero y no lo entregó y por eso les llamaron la atención.

Adriana del Pilar Rojas Rodríguez conoce a la demandante porque asistía a la empresa demandada como usuaria-cliente de la compañía inicialmente en la tarde y luego como VIP en cualquier horario, la actora era trabajadora de allá, ella llegó en febrero de 2016 en entrenamiento, ayudaba con los usuarios y hacía aseo y luego le dieron más funciones en la recepción, la vía todos los días porque ella también asistía todos los días y la veía con su uniforme como los demás empleados durante todo el año.

Yolanda Monroy dijo en su declaración que trabajo con la compañía 3 o 4 años no recuerda las fechas. Conoció a la demandante en la iglesia y ella la recomendó en la empresa, pero estuvo con ella solo una semana.

De las declaraciones se puede concluir que en efecto la actora ingresó el 29 de febrero de 2016, pero principalmente porque así lo confesó la representante legal de la demandada y si bien inició en un periodo de capacitación como "usuaria", lo cierto es que realizó labores de aseo y colaboración a los clientes de la empresa mientras estaba en entrenamiento e incluso remplazaba en sus labores al señor Edison David Alba a quien le diagnosticaron cáncer en el mes de abril de 2016, por lo que se encuentran demostrada la prestación del servicio y en consecuencia se encontraba cobija con la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. por lo que la demandada debía demostrar que la actora no se encontraba bajo un contrato verbal de trabajo, lo que no logró con las declaraciones de los testigos, máxime cuando en el periodo de entrenamiento le hicieron un llamado de atención por la discusión con una cliente y si bien el declarante que suscribió el llamado de atención, manifestó que había sido un error de su parte, es claro que en el escrito que obra a folio 14 se indica que "por su formación y capacitación dada dentro de la compañía el comportamiento dentro de la misma tiene un protocolo", de donde se concluye que el efecto el periodo de formación y capacitación ya había concluido. Es necesario resaltar que él era el Jefe de Recursos Humanos pues en tal calidad suscribió otros memorandos a la actora.

En cuanto a la fecha de ingreso y de retiro con la renuncia de la trabajadora, se reitera se encuentran probadas y por lo tanto no le asiste razón al impugnante respecto a los extremos de la relación.

**Sanción moratoria.** -Señala que a la actora se le pagaba en las oportunidades en que realizaba la gestión por lo que estaba en tela de juicio la existencia del contrato y se esta sancionando por no haber pagado las prestaciones laborales por ese periodo que solo ahora se declara, y por tanto no había lugar a la sanción moratoria pues no existió mala fe de la demandada.

Conforme a la jurisprudencia, la indemnización moratoria no aplica de forma automática, pues así lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 59577 del 5 de febrero de 2020 donde expresó:

*«Al efecto, la Sala destaca que la doctrina ha fijado, sin vacilación alguna, que para establecer la procedencia de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta omisiva del empleador frente al pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe. Así, de llegar a la conclusión de que la renuencia del empleador es injustificada procede la imposición de la sanción; si, por el contrario, la mora obedece a razones fundadas sobre la inexistencia de la obligación, desaparece la causa y, por ende, se hace inaplicable la sanción.»*

En el caso bajo estudio, no se demostró de manera alguna que la empleadora desconociera que la actora se encontraba prestando sus servicios a la compañía, pues como ya se indicó desde el inicio de la vinculación, es decir, durante el periodo de entrenamiento, ella debía colaborar en la atención a los clientes, debía hacer aseo y a medida que fue avanzando en su entrenamiento le fueron asignadas otras labores como incluso remplazar a la persona que en su oportunidad le hizo los llamados de atención que obran en el expediente, por lo que no se demostró de modo alguno que existiera una razón justificada que permita suponer que desconocía que la actora le prestaba sus servicios como para que no le cancelaran las prestaciones sociales por ese periodo y por lo tanto se mantendrá la decisión tomada en primera instancia.

**Modificación de la liquidación de prestaciones sociales.** – El fundamento de esta inconformidad radica en que se liquiden a la fecha en que se acredite el inicio de la relación laboral; sin embargo, como se mantuvo la fecha de inicio de la vinculación laboral, se mantiene la liquidación efectuada en la sentencia, toda vez que se encuentra acorde al salario devengado por la trabajadora.

**Ilegalidad de la suspensión aplicada a la actora.** - Señala que se le aplicaron las sanciones por la disposición que la actora hizo del dinero de un producto sin tener la autorización de los jefes para realizar el negocio, pues ella aceptó haber recibido el dinero de la empresa y estando en incapacidad médica se comunicó con la cliente y le solicitó le consignara el dinero a su cuenta personal, lo cual hizo la cliente, lo que ella aceptó conforme a los descargos donde se comprometió a reintegrarlo, infracción que es grave frente a la empresa.

Sobre este aspecto debe resaltarse que el motivo por el que se dejó sin efecto la sanción de 60 días de suspensión a la demandante tuvo como fundamento la

existencia de una doble sanción por el mismo hecho y en ningún momento se discutió que no hubiera realizado los hechos que se le endilgan, sino a que fue sancionada dos veces por el mismo motivo, razón por la que la segunda sanción carecía de validez.

Ello es así, por cuanto fue sancionada con 8 días de suspensión a partir del día 28 de septiembre de 2016 según comunicación del 27 de septiembre de 2016 (fl.16) donde entre otros motivos se encuentra el “haber sustraído dinero producto de una venta del establecimiento de comercio, sin autorización...” y posteriormente, el 7 de octubre de 2016 se “le aplica la segunda sanción” según la misma comunicación, con una nueva suspensión por 60 días conforme a los llamados de atención que le habían realizado y a folio 16 se observa el llamado de atención del 27 de septiembre de 2016 ya mencionado.

En consonancia con lo expuesto, por el mismo hecho que se ha mencionado en el recurso, se le hicieron dos llamados de atención y dos sanciones una por 8 días a partir del 28 de septiembre (día miércoles) y otra por 60 días a partir del 8 de octubre de 2016 (sábado), es decir cuando la demandante reingresaba a sus labores. Es decir, que en efecto fue sancionada por el mismo hecho en dos oportunidades, sin intervalo entre las dos sanciones. Por lo expuesto, se confirmará la decisión tomada al respecto en la sentencia recurrida.

#### **Revisión de la diferencia sobre la liquidación final del segundo contrato.**

Al respecto, lo primero que observa la Sala es que el recurrente no indicó en el recurso de apelación cuáles eran los motivos de su inconformidad respecto a la reliquidación que hizo el juzgado; pero en gracia de discusión se hizo la revisión correspondiente sin encontrar equivocación alguna en el valor a que fue condenado por concepto de saldo pendiente de pago.

De conformidad con lo expuesto, se **confirma** la sentencia impugnada.

**Costas.** - Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

#### **DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO. -: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de octubre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. -: COSTAS** Las de primera instancia se confirman. Las de lazada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

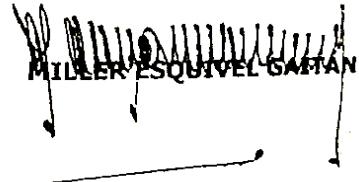
**Notifíquese y cúmplase**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE VERÓNICA PAOLA GONZÁLEZ GONZÁLEZ contra INSTAPLAC COLOMBIA S.A.S. Rad. 2019-00687 01. Juz. 30.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

VERÓNICA PAOLA GONZÁLEZ GONZÁLEZ demandó a INSTAPLAC COLOMBIA S.A.S., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 86 y 87

- Declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido con un salario de \$10.000.000
- Declarar que la demandada no canceló las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones.
- Se condene al pago de la sanción por falta de consignación de las cesantías
- Sanción por falta de pago de los intereses a las cesantías
- Sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T.
- Indemnización por despido son justa causa
- Aportes a seguridad social
- Indexación
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fl. 83 a 85 (expediente digital) El 4 de julio de 2017 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con INSTAPLAC COLOMBIA S.A.S. para desempeñar el cargo de Gerente de Especificación y el 1º de agosto de 2017 se suscribió un otrosí donde se pactó un salario de \$8.000.000 más un auxilio de movilización y transporte de \$2.000.000.

El 21 de diciembre de 2018 el Gerente Comercial le solicitó la entrega de la oficina y de los pendientes que para ese momento tenía. La demandante presentó reclamos por el salario del mes de noviembre de 2018 el 5 de diciembre de 2018; el 8 de enero de 2019 hizo entrega de los informes requeridos y de la oficina. El 31 de enero de 2019 remitió comunicación de despido indirecto. La demandada no reconoció las prestaciones e indemnizaciones a que tenía derecho.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad el 14 de noviembre de 2020 (fl 110 expediente digital) y notificada la demandada el 21 de febrero de 2021 (fl.126), la parte pasiva contestó la demanda de la siguiente manera:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Negó los hechos
- Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, pago, compensación, prescripción, buena fe de la demandada y la innominada.

Presentó demanda de reconvención mediante la cual solicita (fl. 4 a 6):

- Se declare que existió un contrato de trabajo entre las partes desde el 4 de julio de 2017 que finalizó por mutuo acuerdo el 31 de diciembre de 2018 con un salario de \$6.500.000
- Se declare sin validez el otrosí suscrito el 1º de agosto de 2017
- Se condene a la trabajadora a reintegrar todos los dineros recibidos por arriba de su salario básico desde el 1º de agosto de 2017 al 31 de diciembre de 2018
- Se condene a la trabajadora a reintegrar la suma de \$31.110.000 por los aumentos mensuales obtenidos con ocasión del otrosí carente de validez y los valores obtenidos por concepto de prestaciones sociales y de seguridad social, debidamente indexados

La demanda de reconvención fue admitida mediante auto del 18 de mayo de 2021 y respondida de la siguiente manera por la señora VERÓNICA GONZÁLEZ: (archivo 14)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó la existencia del contrato de trabajo, la renuncia presentada. Negó los demás.

- Propuso como excepciones de fondo las de prevalencia de la realidad sobre las formalidades, culpa exclusiva del demandante en reconvención, falta de legitimación en la causa por pasiva en la demanda de reconvención.

La contestación de la demanda de reconvención no fue aceptada mediante auto del 18 de mayo de 2021.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 29 de noviembre de 2021 en la cual dispuso declarar que entre la sociedad INSTAPLAC COLOMBIA S.A.S, como empleador y VERÓNICA PAOLA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, existió una relación de carácter laboral desde el 4 de julio de 2017 a 31 de diciembre de 2018, que terminó de común acuerdo por las partes. Declaró probada parcialmente la excepción de pago de las prestaciones sociales y compensación en dinero de las vacaciones. Condenó a la sociedad INSTAPLAC COLOMBIA S.A.S, a pagarle a la señora VERÓNICA PAOLA GONZÁLEZ GONZÁLEZ los siguientes conceptos y valores:

- \$222.222, por faltante de auxilio de cesantías.
- \$52.593, por falta de intereses a las cesantías.
- \$222.222 por faltante de prima de servicios.
- \$4.000.000 por auxilio extralegal de transporte
- \$32.000.000, por indemnización art. 65 C.S.T.
- A reliquidar los aportes a seguridad social en pensiones por los meses de noviembre y diciembre de 2018 sobre un salario base de \$8.000.000.

Absolvió de las demás pretensiones a la demandada y a la actora de las pretensiones de la demanda de reconvención. Condenó en costas a la sociedad demandada.

Llegó a esta determinación luego de confrontar el material probatorio allegado al expediente de lo que concluyó que entre las partes existió un contrato de trabajo desde 4 de julio de 2017 hasta 31 de diciembre de 2018, que terminó de común acuerdo entre las partes, pues la demandante tenía conocimiento de la fecha de terminación del contrato de acuerdo con los documentos aportados y no existe prueba de haber laborado con posterioridad al 31 de diciembre de 2018, por lo que no había lugar a la indemnización por despido. En cuanto al pago de salario de los meses de noviembre y diciembre de 2018 la demandada aportó prueba de pago sobre la suma de \$8.000.000 y no declaró ineffectiva la otra suscrita entre las partes pues la empresa, en efecto, pagó estos valores. Respecto de las prestaciones sociales señaló que no demostró el pago del auxilio extralegal de transporte y

revisada la liquidación final de prestaciones encontró que existían algunas diferencias por lo que condenó a la empleadora al pago de estas diferencias. En cuanto a la indemnización moratoria tuvo en cuenta que no hay constancia de la comunicación a la trabajadora respecto de la consignación de las prestaciones sociales y si bien la consignación se efecto el 14 de marzo de 2019 y el retiro se efectuó en abril de 2019, había lugar a la condena al pago de la moratoria por 4 meses de mora. Respecto de los aportes a seguridad social dispuso el pago sobre el salario real de \$8.000.000 por los meses de noviembre y diciembre de 2018. En relación con las excepciones propuestas declaró probada parcialmente la de pago y no probadas las demás. Condenó en costas a la sociedad demandada.

### **APELACIÓN.**

**Parte actora.** - No interpuso recurso de apelación.

**Parte demandada.** Interpone recurso de apelación en relación con la condena al pago de la indemnización moratoria, pues considera que en la declaración de la actora ella manifestó que el abogado de la compañía le informó de la existencia del depósito judicial por lo que tenía conocimiento de la consignación y si bien no recuerda la fecha, lo cierto es que hizo el retiro de los dineros sin que pueda establecerse que éste se hubiera realizado en el mes de abril, lo que no implica que el empleador hubiera incumplido con su deber.

Sobre el auxilio extralegal de transporte manifiesta que no se demostró que la demandante hubiera realizado alguna gestión y no eran constitutivo de salario.

### **Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** Solicitó la confirmación de la decisión por estar acorde a derecho y manifestó no haber recibido copia del escrito de alegatos de la demandada.

**Parte demandada:** Guardó silencio.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La

sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”.

**Parte demandada. -**

**Indemnización moratoria.** - Interpuso recurso de apelación al respecto, para lo que argumenta que, en la declaración de la actora, manifestó que el abogado de la compañía le informó de la existencia del depósito judicial por lo que tenía conocimiento de la consignación y si bien no recuerda la fecha, lo cierto es que hizo el retiro de los dineros.

Conforme al argumento en mención se procede a revisar la declaración rendida por la actora VERÓNICA GONZÁLEZ en el interrogatorio de parte, respecto de la consignación del depósito judicial, en el que ella, en efecto, manifestó que le consignaron las prestaciones en un depósito judicial; que sí las recibió y que se enteró de la consignación después de llamar muchas veces a la empresa; recuerda que le dio la información el abogado encargado de la liquidación de la empresa y le dijo en qué juzgado se encontraba, pero no recuerda la fecha en que lo reclamó, aunque dice que las reclamó más o menos en abril de 2019. El representante legal de la demandada informó en su interrogatorio que el depósito judicial de consignó el 14 de marzo de 2019 en el Banco Agrario, pero no sabe cómo se le comunicó a la demandante.

Así las cosas, le asiste razón al A quo cuando dispuso la condena al pago de la indemnización moratoria, toda vez que en el proceso no obra constancia de la comunicación a la trabajadora respecto de la consignación de las prestaciones sociales mediante la consignación que se efectuó el 14 de marzo de 2019 y si bien los dineros fueron retirados por la trabajadora en abril de 2019, según lo aceptado por ella en el interrogatorio de parte, es claro que no se había comunicado antes de esa fecha.

Le correspondía a la empleadora demostrar no solo que había efectuado la consignación del depósito judicial, sino que lo había informado a la trabajadora a fin de que pudiera tener acceso a sus prestaciones, ya que es imprescindible que el empleador notifique al trabajador sobre el trámite realizado. Esto se debió realizar a través de envío de comunicación formal al domicilio y/o correo electrónico registrado por la trabajadora, pues debía suministrarle la información sobre el valor cancelado y el juzgado donde podía reclamar su título, toda vez que lo contrario implica desconocimiento del pago y genera la condena por indemnización moratoria; lo que en este caso no se demostró de manera alguna, por lo que se debe tener en cuenta

que la actora tuvo conocimiento de la consignación el mes de abril, en que realizó las diligencias para el pago del depósito judicial.

Aunado a lo anterior y teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha sostenido de manera reiterada y pacífica que para exonerarse de esta indemnización la empleadora debe demostrar la existencia de razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe, se observa que en el presente asunto la empleadora se encontraba en mora, no solo de la liquidación final de prestaciones sociales sino también de prestaciones y auxilios de transporte, por lo que no puede exonerarse de la indemnización. (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529; CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 41836; CSJ SL4933-2014; CSJ SL13187-2015 y CSJ SL15507-2015)

**Auxilio extralegal de transporte.** - Se impuso condena por este auxilio, conforme a la sentencia recurrida, por cuanto no se demostró en el proceso su pago durante los meses de noviembre y diciembre de 2018.

Al respecto argumenta el recurrente que no se demostró que la demandante hubiera realizado alguna gestión y no era constitutivo de salario. Sin embargo, es necesario resaltar que, conforme a los comprobantes de nómina aportados al proceso (archivo 14 expediente digital), se cancelaba a la actora de manera mensual una suma de \$2.000.000 por concepto de auxilio de transporte y no se acreditó el pago de este concepto durante los meses de noviembre y diciembre de 2018 en los que aún se encontraba prestando sus servicios.

Si bien es cierto, no es constitutivo de factor salarial como lo manifiesta el recurrente; así fue observado por el A quo, por lo que no se tuvo en cuenta este valor para la liquidación final de las prestaciones sociales; sin embargo, al no encontrarse acreditado el pago del auxilio de transporte, debe confirmarse la condena impuesta respecto a la suma de \$4.000.000 por este concepto por los meses de noviembre y diciembre de 2018.

De conformidad con lo expuesto, se **CONFIRMA** la sentencia impugnada.

**Costas.** - Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de marzo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

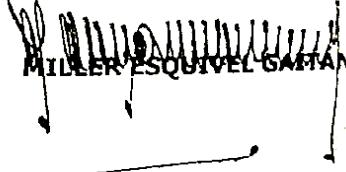
**SEGUNDO. -: COSTAS** Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

### Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ RICARDO MORENO MORENO  
contra la sociedad PRODUCTOS RAMO S.A.S. Rad. 2020-00033-01. Juz.  
33º.**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días de agosto dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**JOSÉ RICARDO MORENO MORENO** demandó a **PRODUCTOS RAMO S.A.S.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 4 y 5.

- Se condene al pago del excedente salarial por el desempeño del cargo de Coordinador de Bodega desde el 27 de septiembre de 2014 al 13 de septiembre de 2019
- El pago del excedente de la prima de servicios, de las cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones causadas entre el 27 de septiembre de 2014 y el 13 de septiembre de 2019
- Sanción por falta de consignación de las cesantías a un fondo por el tiempo laborado
- El reajuste de los aportes a seguridad social en pensiones por los periodos correspondientes al 27 de septiembre de 2014 al 13 de septiembre de 2019
- Indemnización del artículo 65 del C.S.T.
- Facultades ultra y extra petita

Los hechos de la demanda se describen a fls. 1 a 4. Que el demandante celebró un contrato de trabajo a término indefinido con LA SOCIEDAD PRODUCTOS RAMO S.A.S desde el 29 de enero de 1993 en el cargo de Auxiliar de Producción. En el año 2000 fue ascendido al cargo de Supervisor de Producción y a partir del 27 de septiembre de 2014 fue trasladado a la bodega de productos terminados como COORDINADOR DE BODEGA y se le asignó como jefe inmediato al señor Santiago Romero.

En varias ocasiones solicitó al señor Jorge Silva la nivelación salarial o la designación del cargo de COORDINADOR DE BODEGA pues solo le cancelaban el salario correspondiente al de Supervisor de producción, y le manifestaron que respecto a la nivelación salarial tenía que esperar; que se desempeñó como COORDINADOR DE BODEGA hasta el día 18 de julio de 2018 porque a partir del 20 de julio de 2018, salió incapacitado por ser diagnosticado con cáncer de recto con metástasis de hígado y empezó el proceso de la pensión por invalidez la cual se le concedió por medio de la resolución SUB 170978 del 29 de junio de 2019 por Colpensiones la cual fue notificada el 15 de julio de 2019.

Que en la empresa PRODUCTOS RAMO S.A.S coexisten convención colectiva y pacto colectivo de trabajo para la regulación de las condiciones del contrato de trabajo de sus trabajadores sindicalizados y no sindicalizados respectivamente y el salario básico ordinario era incrementado anualmente de conformidad al IPC más unos puntos acordados en el pacto colectivo vigente en la empresa demandada. El salario básico ordinario para el cargo de coordinador de Bodega en el año 2014 era de \$3.846.000 y el salario básico ordinario para el cargo de Supervisor de producción en el año 2014 era de \$ 2.299.000.

Que el Pacto Colectivo y la Convención de la empresa contemplan disposiciones relacionadas con el tema de imputabilidad, reemplazos, remuneración de recargos, auxilio de Alimentación, auxilio de Almuerzo, Prima Extralegal de Junio, Prima Extralegal de Diciembre, Prima de Antigüedad, recargos que no fueron tenidos en cuenta en la liquidación definitiva y por ello la pensión de invalidez quedó con un factor salarial inferior al real.

El demandante tenía derecho a recibir el excedente o reajuste salarial por la labor realizada en el encargo, pero mientras desempeñó transitoriamente el cargo de COORDINADOR DE BODEGA de la demandada se le pagó como remuneración del servicio prestado el salario que correspondía al de Supervisor de Producción, a pesar de los escritos de reclamo enviados a la empresa.

El día 29 de agosto de 2019 el Gerente Compensación y Relaciones Laborales de la demandada le hizo entrega de la carta de terminación unilateral del contrato con justa causa por el reconocimiento de Colpensiones de la pensión de invalidez y en la Liquidación final del contrato no se reconoció el reajuste o excedente del salario, el reajuste de las prestaciones sociales, y de los aportes a la seguridad social a que tenía derecho por haber desempeñado de manera transitoria el cargo de

COORDINADOR DE BODEGA por lo que se hizo la reclamación al empleador y le fueron negadas.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y dos Laboral del Circuito de esta ciudad mediante auto de fecha 15 de julio de 2020 y corrido el traslado, la accionada contestó la demanda de la siguiente manera:

**PRODUCTOS RAMO S.A.S.** en los términos del escrito obrante en el archivo 04 (expediente digital).

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó parcialmente los hechos relacionados con la existencia del contrato de trabajo, aceptó la fecha de terminación del contrato y la causa para ello, así como y los cargos desempeñados y negó los demás.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 4 de noviembre de 2021 (archivo 11) en la cual absolvio a la demandada PRODUCTOS RAMO S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante JOSÉ RICARDO MORENO MORENO y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Condenó en costas al demandante.

Llegó a esta conclusión luego de establecer que no existe controversia respecto a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes ni respecto a su terminación en atención al reconocimiento de una pensión de invalidez al actor. Respecto a las pretensiones de la demanda señaló que analizadas las pruebas obrantes al proceso no se acreditó que el demandante hubiera ejercido el cargo de Coordinador, pues conforme a las certificaciones expedidas por la demandada, el demandante estuvo vinculado en el cargo de supervisor, y a folio 22 archivo 04 se le informó que era promovido al cargo de operario 3; a folio 24 memorando que comunica cambios conforme a los cuales el actor pasaba al cargo de SUPERVISOR EMPAQUE y a folio 28 se le ratifica como supervisor de empaque, posteriormente fue trasladado a otra fábrica pero con el mismo cargo. Señaló que a folio 95 obra comunicación del actor sobre reclamo de salario lo que fue respondido como se observa a folio 97 donde le indican que el cargo por él desempeñado es el de supervisor y no de Coordinador.

Así las cosas, conforme a las pruebas allegadas al proceso consideró procedente absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra y declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

### **Consulta**

La apoderada de la parte demandante no interpuso recurso alguno, por lo que conforme lo dispone el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo por ser la sentencia totalmente desfavorable al trabajador se conoce del proceso en el grado jurisdiccional de consulta.

### **Alegatos ante este Tribunal**

**Parte demandante:** Guardó silencio.

**Parte demandada:** Allegó un memorial de cambio de dirección electrónica de notificaciones y un poder, sin embargo, respecto al traslado guardó silencio.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del trabajador demandante.

### **Relación laboral. -**

No fue objeto de controversia en el proceso la existencia de la relación laboral, como tampoco la terminación del contrato de trabajo como consecuencia del reconocimiento de la pensión de invalidez al actor, lo cual es corroborado con la documental vista a folio 20 (Contrato de trabajo) y a folio 79 (comunicación de terminación del contrato de trabajo).

Lo que ha sido objeto de debate es el cargo desempeñado por el actor y el salario correspondiente, por lo que se pasan a revisar las pruebas allegadas al expediente para determinar si las funciones que realizaba el demandante correspondían al cargo de Supervisor como lo indica la demandada o al cargo de Coordinador como lo solicita el demandante:

Fl. 22- comunicación del 22 de enero de 1997 promoción al cargo de Operario III a partir del 23 de marzo de 1997

Fl. 24 y 26 Memorando y comunicación de fechas el 7 y 10 de febrero de 2000 sobre cambio de cargo, entre otros, la promoción al demandante del cargo de Operario 2 al de Supervisor Empaque Ponqué

Fl. 28 a 30 Ratificación del actor en el cargo de Supervisor Empaque Ponqué y modificación del salario a partir del 10 de febrero de 2001

Fl. 32 Comunicación de fecha 22 de enero de 2003 sobre traslado del actor a la fábrica de Colaciones como Supervisor Empaque

Fl. 36 y siguientes. Calificación bimestral al actor en el cargo de Supervisor líneas colaciones y Supervisor empaque ponqué.

Fl. 71 a 73 Modificaciones al salario del cargo de Supervisor Empaque Ponqué a partir del 16 de marzo de 2007 y febrero de 2009

Fl. 75 comunicación concediendo vacaciones de enero de 2016 a 28 de enero de 2017 a partir del 15 de junio al 10 de julio de 2017 en el cargo de Supervisor Producción Ponqué

Fl. 77. Modificación de salario en el cargo de Supervisor Empaque Ponqué a partir del 1º de febrero de 2010

Fl. 83 Certificación expedida el 13 de septiembre de 2019 con la que se acredita que el actor estuvo vinculado a la empresa mediante contrato a término indefinido entre el 29 de enero de 1993 y el 13 de septiembre de 2019 y que el último cargo desempeñado fue el de SUPERVISOR

FL. 95 a 97. Reclamo del trabajador respecto de la nivelación salarial en relación con el cargo de Coordinador de Producción de fecha 13 de mayo de 2019 y respuesta dada por PRODUCTOS RAMO S.A.S. mediante la cual le aclaran, que el cargo desempeñado por él, es de SUPERVISOR DE PRODUCCIÓN y no el de Coordinador, cargo para el que se requiere un nivel de tecnólogo o profesional y que su perfil académico no se ajusta a estas características.

Conforme a las nóminas allegadas, el cargo desempeñado por el actor fue el de Supervisor de Producción.

En el interrogatorio de parte el representante legal de PRODUCTOS RAMO S.A.S., manifestó que el actor no ha realizado otras funciones que las de supervisor de producción y no conoce de comunicaciones presentadas por el actor durante el desempeño de su labor. El cargo de Coordinador requiere de una formación académica que no tiene el demandante. Las funciones de Supervisor son la responsabilidad de todo el proceso en la línea de producción desde el horneo hasta el empaque y el despacho de los productos, por lo que es un cargo de tipo operativo. Que existe el cargo de Coordinador de Bodega a partir del 2015 y tienen la misma jerarquía, aunque con funciones más de administración y gestión humana, como la falta de operarios o auxiliares, remplazo y selección; tiene a cargo varios supervisores y distribución de los productos en las líneas.

El demandante manifestó en el interrogatorio de parte que es técnico en sistemas, está pensionado y en recuperación de su enfermedad, que el último cargo que desempeñó fue de Coordinador de Bodega de producto terminado, que fue un cargo nuevo y que habló con el Gerente de Producción (Jorge Silva) para la nivelación del salario, pero le dijo que como estaba en reorganización la empresa tocaba esperar: No firmó ningún documento, pero siempre la empresa cuando hacía movimientos lo hacía con carta. Sus funciones eran responder por la producción, hacer cumplir los despachos, recepcionar la mercancía, ingresar al sistema, entregarla inventariada para la distribución a las agencias; no intervino en funciones de gestión humana respecto de personal y que los Coordinadores están ejerciendo la misma función que un supervisor. Respecto del escrito y el certificado laboral suscrito como supervisor con la firma del demandante, acepta haberlo suscrito, aunque dice que la labor si la realizaba y la empresa no hizo la retribución respectiva. Respecto de las funciones nuevas asignadas en el año 2014 dijo que eran las de recibir el producto de las 4 fábricas bajo un despacho que hacía solicitud del área comercial, recibirla inventariado, ingresarla al sistema y entregarla para distribución a las agencias; debía responder las 24 horas del día y los fines de semana le tocaba hacer inventario de canastas y producto terminado y entregar el producto al área comercial para distribución. Las planillas las firmaba como coordinador de bodega porque el señor Jorge Silva le ordenó que lo hiciera, pero que todo fue verbalmente. No había otra persona con las mismas funciones y antes no existía el cargo sino a partir del 2014. El valor del salario que manifiesta en la demanda lo obtuvo de los coordinadores que ingresaron a la planta. Que presentó la solicitud para la nivelación y le respondieron que el cargo que tenía era el de supervisor.

El testigo EDWIN GONZALO RAMÍREZ TAVAREZ indicó que conoció al actor en junio de 2015 trabajando en la empresa demandada, él testigo se retiró en octubre de 2019. Dice que el actor era Coordinador de Bodega porque estaban los coordinadores de producción y el Coordinador de Bodega y se entendía con él, había también supervisores que estaban hacía muchos años en la compañía y los Coordinadores. Él era el encargado de recibir los productos terminados, verificarlo, fechas de vencimiento, adecuada rotación del producto y entrega; el jefe cree que era Jean Paul, pero no recuerda el nombre. El supervisor de línea hacía exactamente lo mismo, pero se llamaban distinto y el salario era diferente. En ese momento, la empresa estaba buscando Coordinadores de Producción y la labor de reclutamiento se hacía a través de un outsourcing, pero el nuevo cargo si tenía injerencia en el tema disciplinario y en el acompañamiento para la formación en ciertos cargos. Que los nuevos trabajadores eran Coordinadores porque se hacía una implementación y se necesitó personal que tuviera cierta experticia para el sistema SAP que se

implementó en un término de 1 año, se implementó el tema de 5S y los supervisores también participaban en estas implementaciones. El actor manejaba un módulo de SAP que era de logística.

El testigo JOSE HERNANDO RIVERA RODRÍGUEZ compañero de trabajo hasta el 31 de marzo de 2015. Era auxiliar de Bodega y el actor era el Coordinador de Bodega, más o menos un año antes de que él saliera, antes era supervisor y hacía relevos de Jefe de Empaque o de Fábrica. Las funciones eran las de recibir el producto terminado de planta para ingresar a bodega de transito y luego entregarlo para ir a las bodegas o agencias afuera. No sabe si la empresa lo reconocía como Coordinador ya que a él le pasó lo mismo, que lo presentaron (Santiago Romero) como Coordinador de Bodega junto con Héctor Martínez, eran los dos Coordinadores de Bodega.

JAZMÍN CÁRDENAS BUSTAMANTE esposa del demandante dijo que le reclamó a la empresa sobre la nivelación salarial como Coordinador de Bodega, lo que sabe por los documentos que ella veía, que tenía a cargo todo el manejo del producto que llegaba a la bodega, todo lo que sabe es por lo que le comentaba su esposo.

JORGE ALEXANDER SILVA FRANCO ingeniero industrial, gerente de manufactura Productos Ramo desde mayo de 2014, conoce al demandante por haber sido parte de su equipo de trabajo 2015-2016, realizaba funciones como supervisor en la entrega de producto terminado, fue superior jerárquico del actor, pero dice que no lo promovió de cargo solo le reasignaron funciones porque en su momento la entrega del producto terminado al área de despachos era manual y se buscó optimizar esta labor. No había un Coordinador de Bodegas en esa época, siempre se manejó el cargo de supervisor, los Coordinadores son profesionales y tienen a su cargo labores en diseño desarrollo y ejecución de mejoramiento de la planta y requerían experiencia previa en otras empresas como profesionales. El actor no manejaba sistemas aplicativos porque requieren otros conocimientos que él no tenía y no participaba en proyectos de mejora, sino que su función era la de control físico de los productos. Negó haberle dicho que lo ascendían al cargo de Coordinador de Bodega, pero que si se hizo una reunión para indicarle las nuevas funciones. El testigo no tenía la facultad de promoverlo como Coordinador ni para hacer ninguna modificación. Santiago Romero pertenecía al área de eficiencia operacional. El cargo de Coordinador de Bodega no existía en esa época, las funciones que tenía eran las de supervisor, recibir el producto contarla y entregarlo. Había otro supervisor al que también se le reasignaron funciones y sigue desempeñándolas.

JORGE ELIECER ORTÍZ TAVERA indicó que es Jefe de Planta desde 6 años, antes en otras partes de la empresa, conoce al actor por haber laborado en la empresa. Sobre las funciones del actor para el 2014 dice no conocerlas porque ya no dirigía la planta. No sabe que fuera objeto de traslado o de modificaciones del cargo. Conoce que el año 2015 se implementó el cargo de Coordinador con un perfil profesional pero no sabe si en la bodega existía el cargo. No conoce cual era la función que el actor desempeñaba al momento del retiro, pues desde el 2013 estaba en otra planta.

WALTER FABÍAN PENAGOS, labora en la empresa. Manifestó conocer al demandante como supervisor en la planta de Mosquera, su función era el conteo físico del producto para entrega a la zona de distribución, sabe que Jorge Silva le había asignado la labor más o menos desde 2015 a 2016, había otro compañero Héctor Martínez, que realizaba la misma labor y actualmente el supervisor es Pedro Millán; sabe que el cambio de actividades no conlleva cambio de salario. La diferencia entre los dos cargos es que el Coordinador debe tener un perfil profesional y conocer de los nuevos sistemas de mejoramiento, pero el demandante no cumple ninguna de los dos requisitos.

Revisadas así las pruebas, se puede concluir que, en efecto, el último cargo desempeñado por el actor fue el de Supervisor sin que hubiera sido promovido por la empresa al cargo de Coordinador y por el contrario se observa que si bien le asignaron nuevas tareas ello se debía a que antes se manejaba un sistema manual para lo que se implementó un sistema nuevo para mejoramiento de la empresa. También es claro el cargo de Coordinador se creó con una características y requisitos diferentes al de supervisor, por cuanto para ocupar el cargo de Coordinador debía tener un perfil profesional y conocer los nuevos sistemas que había implementado la empresa para su mejoramiento. Además, tenían tenían facultades disciplinarias, labor que no ejerció el demandante, quien siempre estuvo a cargo del conteo físico del producto, el inventario y la entrega del mismo para distribución.

Lo anterior, por cuanto en el caso el cargo de supervisor no cumplió las mismas funciones que el de Coordinador y si bien las funciones eran similares, la diferencia en el salario se encuentra justificada en los requisitos que debían cumplir quienes desempeñan el cargo de Coordinador por lo que no se vulnera el principio de igualdad y no se observa discriminación salarial, como lo ha indicado las sentencias CSJ SL rad. 24272, 10 de jun. de 2005; SL CSJ rad. 27724, ene. 23 de 2007; CSJ SL rad. 46853, 15 de abr. de 2014; SL 6217 -2014, 26 de nov. de 2014; rad. 45830; CSJ SL14403-2015 de 20 de oct. de 2015, rad. 48059, CSJ SL16217-2014 y CSJ SL5464-2015, en las que con claridad se ha adoctrinado que las diferencias en las retribuciones de trabajadores que desempeñen iguales o semejantes cargos, son

acordes al ordenamiento jurídico y a los principios que lo orientan, siempre que se justifiquen u obedezcan a criterios objetivos.

De conformidad con lo expuesto, se **CONFIRMA** la sentencia impugnada.

**Costas.** - Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

### **DECISIÓN**

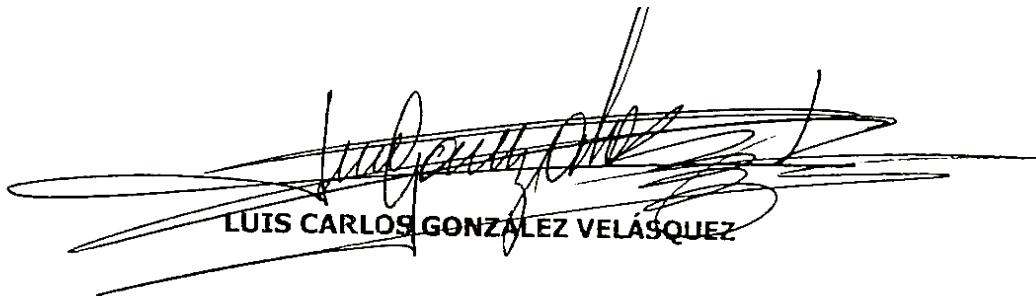
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

### **RESUELVE**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de noviembre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. -: COSTAS** Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

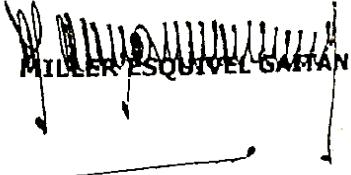
**Notifíquese y cúmplase**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO No. 2018-00521. JUZG. 33. DE MARISOL VÉLEZ  
TRIANA CONTRA MARGOTH MUÑOZ TÉLLEZ.**

En Bogotá D.C., a los Treinta y un días (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**MARISOL VÉLEZ TRIANA** demandó a **MARGOTH MUÑOZ TÉLLEZ** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 3 y 4 del expediente.

- Existencia de contrato de trabajo a término indefinido que terminó por causa imputable a la empleadora.
- Reconocimiento y pago de prestaciones sociales e intereses a las cesantías.
- Vacaciones.
- Indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.
- Indemnización moratoria.

Los hechos de la demanda se describen a folio 2 y 3 (expediente físico). Entre MARISOL VELEZ TRIANA y MARIA NELLY MUÑOZ TELLEZ (Q. E. P. D.) se celebró contrato de trabajo en forma verbal el 14 de agosto de 2014, para desempeñar la labor de operaria de confección y arreglo de prendas de vestir. MARIA NELLY MUÑOZ TELLEZ se comprometió a pagar a la demandante como salario la suma de \$30.000 diarios; labor que desempeñó de manera personal atendiendo las instrucciones de la empleadora y cumpliendo con el horario de trabajo señalado por ella, esto es:

lunes a viernes de 8:00 AM a 5:00 PM y los sábados 9:00 AM hasta las 8:00 PM en la dirección Cra. 8B No. 163-89 barrio San Cristóbal, sin queja alguna.

La señora MARIA NELLY MUÑOZ TELLEZ falleció, por lo que, quedó como empleadora la demandada **MARGOTH MUÑOZ TELLEZ** desde el día 20 de agosto de 2017 hasta el 5 de febrero de 2018, fecha en que la señora MARGOTH MUÑOZ TELLEZ decidió dar por terminado de manera unilateral el contrato de trabajo con una supuesta justa causa. A la fecha, la empleadora adeuda lo correspondiente a cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías y vacaciones de toda la relación laboral.

Que citó a MARGOTH MUÑOZ TELLEZ a audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo el día 30 de abril de 2018, en la que no se llegó a ningún acuerdo.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y tres Laboral del Circuito de esta ciudad el 8 de febrero de 2019 (fl. 12), notificada la demandada y corrido el traslado correspondiente, la accionada contestó la demanda en los términos del escrito que obra a folios 16 a 24:

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó lo relacionado con el fallecimiento de la señora María Nelly Muñoz y negó los demás.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, de causa e inexistencia del derecho pretendido y cobro de lo no debido, falta de causa petendi, falta de legitimación por pasiva y genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Treinta y tres Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo del 23 de noviembre de 2020 en la que declaró que entre la señora **MARISOL VELEZ TRIANA** y **MARIA NELLY MUÑOZ TELLEZ** existió un contrato de trabajo a término indefinido desarrollado desde el **14 de agosto de 2014** hasta el 20 de agosto de 2017; como consecuencia del fallecimiento de **MARIA NELLY MUÑOZ TELLEZ** operó la **SUSTITUCIÓN PATRONAL**, siendo la nueva empleadora

**MARGOTH MUÑOZ TELLEZ** y determinó que el vínculo pactado con **MARISOL VELEZ TRIANA** se mantuvo hasta el 05 de febrero de 2018. Condenó a MARGOTH MUÑOZ TÉLLEZ al reconocimiento y pago de los siguientes valores y conceptos:

Cesantías	\$2.068.722,19
Intereses a las cesantías	\$ 231.722,89
Vacaciones	\$1.034.361,10
Prima de servicios	\$2.068.722,19
Indemnización por terminación del contrato	\$1.702.094,19

Condenó a MARGOTH MUÑOZ TELLEZ a reconocer y pagar a la demandante la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a la jurisprudencia aplicable al caso de contratos de trabajo (Sentencias 44519 de 2015, 49349 de 2017, 45536 de 2016 y 77439 de 2020), la demandada no logró desvirtuar la existencia de un contrato de trabajo, mas aun que, no compareció a la audiencia a rendir el interrogatorio de parte y conforme a los testimonios recaudados, se logró demostrar que la actora cumplió con los tres elementos que se requieren para que exista una relación laboral. Respecto a la remuneración, indicó que como no hay soportes de los dineros que se le cancelaban, más allá de la declaración rendida por la demandante, determinó, para todos los efectos que ella devengaba el mínimo legal.

Consideró que existió una sustitución patronal, con ocasión al fallecimiento de la señora María Nelly Muñoz Téllez, por lo que, al ser la señora Margoth Muñoz Téllez su última empleadora, era a ella quien le correspondía asumir las obligaciones a las que fue condenada. Explicó que no hay elementos que acrediten que la empleadora haya querido cumplir con sus obligaciones laborales por lo que procedía la condena al pago de la indemnización moratoria. Por último, adujo que, no se demostró en el proceso una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y por lo tanto, procede la indemnización por despido sin justa causa.

### **Recurso de Apelación**

La parte demandada interpone el recurso de apelación, con fundamento en que las declaraciones obtenidas fueron contradictorias y de las cuales no se demuestra la

relación laboral, ya que el señor Mateo es un testigo de oídas y no expone datos exactos, lo que hace que su testimonio sea falso.

En cuanto a la testigo Libia Lulu Cuervo afirmó que solo permitía que le arreglara su ropa la demandante, por lo que ella tenía clientes propios y no se puede hablar de una prestación personal del servicio a favor de la demandada, además que la testigo no conoce el lugar donde ella presuntamente prestaba sus servicios.

Aseveró que no existen pruebas respecto de los extremos laborales por las inconsistencias entre las fechas de la constancia de no conciliación y lo mencionado en los hechos y pretensiones de la demanda; además que no existen pruebas que acrediten su experticia para desarrollar el cargo mencionado y reiteró que la demandante tenía sus propios clientes por lo que no está demostrada la subordinación. Que quien quedó como administrador del local es otra persona diferente a la demandada, además, que no demostró el despido que alega que ocurrió, por lo que no pueden endilgarse obligaciones que no le corresponden.

#### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Guardó silencio.

**Parte demandada:** Guardó silencio.

#### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*".

**Contrato de trabajo.** – En primer lugar, se procede a resolver las inconformidades de la parte demandada que se relacionan con la existencia de la relación laboral declarada en primera instancia para lo que se pasa a revisar las pruebas allegadas al proceso de la siguiente manera:

La demandante MARISOL VÉLEZ TRIANA, manifestó ser bachiller y tener un curso de diseño y costura, actualmente vive de hacer arreglos de ropa que era lo hacía antes para la demandada. Respecto a la vinculación laboral indicó que Herminia Ramírez la recomendó con la señora Nelly Muñoz para ir a trabajar porque ella le había vendido el taller que tenía; que en un comienzo empezó a trabajar con Nelly Muñoz y luego entró como social su hermana Margoth Muñoz y trabajó con las dos hasta que la señora Nelly se enfermó en agosto de 2016 y continúo bajo las órdenes de la señora Margoth Muñoz hasta el 5 de febrero de 2018. Su labor era arreglar ropa en horario de 8 am a 5 pm de domingo a domingo, pero después con Margoth dejó de trabajar los domingos porque necesitaba el tiempo para cuidar de su hijo. Con Nelly Muñoz acordaron laborar desde ese mismo día **13 o 14 de febrero de 2015** en el taller, llevaban las cuentas diarias en un libro, el pago era de \$30.000 diarios más almuerzo y cuando Margoth llegó, ella recibía la ropa, tomaba medidas y anotaba lo que había que hacer y luego de que la señora Nelly falleció trabajaban juntas. La señora Margoth Muñoz llegó como socia, dijo que lo sabe porque la señora Nelly se la presentó como social y los dineros los repartían por mitad entre las dos. Usaba para laborar una blusa de color beige que le daba su empleadora y ella también la usaba, no tenía logo. Los pagos eran cada 8 días en efectivo. Marco Fidel Parra era hijo de la señora Nelly y dueño de una fama a la vuelta e iba frecuentemente a saludar a su mamá. No tenía llamados de atención, sino que Margoth quería que laborara hasta tarde y ella se iba a las 5 pm. Ambas abrían el local y lo cerraba la dueña (Margoth). Los señores José Fernando y Víctor Parra Muñoz son familia de la señora Nelly Muñoz y no tuvo ningún vínculo con ellos, solo le llevaba tinto a uno de ellos.

La demandada no compareció a absolver el interrogatorio de parte, motivo por el que el juzgado mantuvo la sanción impuesta por inasistencia a la audiencia de conciliación.

La testigo Libia Lulu Cuervo manifestó ser ama de casa y respecto a la vinculación laboral indicó que conoce a la demandante desde el 2015. Ella era amiga de la señora Nelly Muñoz quien le arreglaba la ropa y le comentó que le habían recomendado a la señora Marisol y por eso la conoció. Nelly contrató a Marisol por ser recomendada de la dueña anterior del taller; que ella trabajó desde el 2015 al 2018 en labores de costura y arreglo de ropa en un horario de 7 am a 5 pm, no sabe el salario; dice que ella era quien le arreglaba su ropa pues no permitía que otra persona le arreglara, el taller quedaba en la carrera 7B No. 163-89 (Barrio San

Cristóbal Norte) no se pudo localizar la calle 163 en Google maps, por lo que el juez descartó esa prueba. No conoce que estudio tenía la demandante, pero afirma que para el año 2017 era quien cocía en el taller, siempre la veía ahí cuando pasaba. La señora Nelly fue quien contrató a la demandante y después de que ella falleció en el 2016 quedó la señora Margoth Muñoz con quien siguió trabajando, cuando ella se hizo cargo del taller. Respecto a qué hacía para el 22 de agosto de 2017, manifestó que no puede decir fechas, pero sabe que al morir la señora Nelly la demandante siguió trabajando con la señora Margoth. No conoce la razón social del local pues no tenía aviso. No sabe si tenía uniforme o logo pues nunca se fijó en eso. En relación con los remplazos, no sabe que ella hubiera pedido permisos, siempre las vio a las dos en el taller. Que toda la ropa pasaba primero por la señora Margoth, quien le colocaban una nota de lo que había que hacerle, pero que ella siempre pedía que fuera Marisol quien le arreglara la ropa; las ordenes las recibía de la señora Margoth y antes de la señora Nelly. Entre Margoth y Marisol hacían las labores de confección. Los precios los fijaba la señora Margot o antes de ella la señora Nelly.

El testigo Mateo Becerra, dijo ser hijo de la señora MARISOL VÉLEZ TRIANA (tacha de sospecha), es ingeniero de soporte laboraba de 6 am a 2 pm. Manifestó que en el año 2017 residía con su señora madre. Conoce que la labor que ella realizaba en el local de la señora Margoth era de arreglos y confección de ropa, no conoce la dirección, pero dice que es en la callera 8 con 162, antes de trabajar con la señora Margoth ella trabajó en ese mismo local con la señora Nelly Muñoz desde el año 2015 y en el 2017 ya era la jefe Margoth. Fue intermediario para que su mamá llegara a trabajar a ese lugar porque él conocía a la primera dueña del local y ella (Herminia) fue quien refirió a su mamá para que trabajara con la señora Nelly; que la recogía después de trabajar cuando salía tarde. La primera Jefe fue Nelly y después la señora Margoth; que laboró desde febrero de 2015 a febrero de 2018 como modista, diseño, confección y arreglo de ropa, en las instalaciones del local; no tenía uniforme sino una bata de protección. Cuando él estaba de descanso iba a visitarla unos 20 minutos al taller. La remuneración era por día laborado en el año 2015 con \$30.000 hasta mediados del 2016 cuando entró en sociedad con la señora Margoth que se pactó como salario diario la suma en efectivo de \$35.000 sin el almuerzo; no siempre se pagaba el mismo día sino a veces se acumulaban 2 o 3 u 8 días. Solo trabajaba en las instalaciones del taller, mientras que estuvo laborando el tiempo no le permitía realizar labores adicionales y solo cuando terminó de trabajar allí en febrero de 2018 empezó a trabajar en otras partes. Margoth le dijo que no continuarían laborando por el tema del horario porque Margoth exigía que el

horario fuera de 12 horas y por eso la despidió. Inicialmente el horario era de 8 am a 4 o 5 pm, pero habían días en que no sabía a qué hora salía y para el año 2017 ya laboraba con la señora Margoth Muñoz, lo que se dio para finales del 2016 cuando la señora Nelly Muñoz había fallecido y Margoth le notificó que ella era la nueva dueña del taller y se dieron las condiciones de ajuste salarial de \$35.000 sin almuerzo y con el mismo horario en que venía laborando, eso fue en horas de la mañana, no recuerda el día pero él estuvo presente. Respecto al 22 de agosto de 2017 indicó que no recuerda la fecha, pero que para esa fecha su mamá no estaba bajo las órdenes de Nelly porque ya había fallecido. No recuerda si existía una razón social. Las batas se las daban en el taller. Nadie la remplazaba porque ella nunca faltó, aunque estuviera enferma. Las prendas las llevaban directamente al local, su mama era la única trabajadora allí, la labor la realizaba por el aprendizaje que había adquirido. Ella no tenía días de descanso, ni fijaba el precio de las prendas porque eso lo hacían la señora Nelly o la señora Margoth, no pedía permisos, pero en una oportunidad por una cita médica que programó temprano si pidió permiso, aunque llegó a tiempo.

Los testigos solicitados por la parte demandada no comparecieron a rendir declaración, no obstante que el juez les dio una segunda oportunidad para asistir a la siguiente audiencia.

Por otra parte, la demandada no solo incumplió con su obligación de asistir a la audiencia de conciliación pues su apoderada no tuvo contacto con ella no obstante que según las constancias que quedaron en la audiencia, se le remitió citación por correo certificado a la dirección informada pero esta fue devuelta y tampoco se pudo contactar a través del celular, pues contestó la hija de la demandada quien manifestó que su señora madre no se encontraba en la ciudad y en el sitio no había comunicación, por lo que no se obtuvo su asistencia a la audiencia de conciliación, razón por la que el juzgado dispuso aplicar las sanciones correspondientes y tuvo por ciertos los hechos 5, 6, 7 y 8 de la demanda que son susceptibles de confesión y que se relacionan con que al momento de fallecer la señora Nelly Muñoz Téllez quedó a cargo del taller, su socia Margoth Muñoz como nueva jefe, desde el 20 de agosto de 2017; que la vinculación se dio por 3 años hasta el 5 de febrero de 2018 en que la señora Margoth Muñoz dio por terminado de manera unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo y por último, que se adeudan a la demandante las prestaciones que se reclaman.

Como se reitera que la demandada no asistió al interrogatorio de parte, el A-quo mantuvo la sanción antes dispuesta, por lo que debe tenerse en cuenta que su inasistencia hacía presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión que fueron determinados en la primera audiencia, respeto de los hechos contenidos en los numerales 5, 6, 7 y 8 pues no había interrogatorio escrito.

Así las cosas, se presumen como ciertos los siguientes hechos: Que al momento de fallecer la señora Nelly Muñoz Téllez quedó a cargo del taller su socia Margoth Muñoz Téllez, como nueva jefe, desde el 20 de agosto de 2017; que la vinculación se dio por 3 años hasta el 5 de febrero de 2018 y que se adeudan a la demandante las prestaciones que se reclaman en la demanda.

Estos hechos fueron corroborados con los testimonios que se allegaron y con el interrogatorio de parte que absolió la demandante, pues todos fueron contestes y coherentes en afirmar que la actora laboró inicialmente con la señora Nelly Muñoz Téllez desde febrero de 2015 y posteriormente con el fallecimiento de ella continuó laborando con la señora Margoth Muñoz Téllez hasta el 5 de febrero de 2018, cumpliendo labores de arreglo y confección de ropa en el taller de propiedad de ellas, cumpliendo un horario de trabajo y recibiendo una remuneración por sus servicios.

Conforme a ello no es de recibo la manifestación que hace la apoderada de la demandada en el recurso de apelación respecto a que las declaraciones fueron contradictorias, o que no se acreditó la prestación personal del servicio, y mucho menos que la demandante tenía sus propios clientes.

**Indemnización por despido.** – Al respecto corresponde al trabajador demostrar el hecho del despido y al empleador la existencia de una justa causa para ello y sobre este aspecto se presumió por cierto el hecho 5º de la demanda que señala que la señora Margoth Muñoz Téllez dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa el día 5 de febrero de 2018 le correspondía a la demandada demostrar la existencia de una justa causa para ello, lo que no hizo y por lo que al no existir otros elementos de convicción que puedan desvirtuar el hecho presumido toda vez que la parte demandada se encuentra huérfana de pruebas pues no allegó ninguna de las decretadas, debe mantenerse la decisión adoptada en primera instancia sobre la indemnización por despido sin justa causa.

Por último, respecto a la fecha inicial de la prestación del servicio, debe tenerse en cuenta que si bien en la sentencia se fijó en el ordinal primero como fecha de inicio el 14 de agosto de 2014 con la señora MARÍA NELLY MUÑOZ TÉLLEZ (q.e.p.d), lo cierto es que ninguna de las pruebas mencionó como fecha de inicio el 14 de agosto de 2014 y por el contrario todos indicaron que inició en febrero de 2015, incluso la misma demandante al absolver el interrogatorio de parte manifestó que inició a laborar con la señora Nelly Muñoz el 13 o 14 de febrero de 2015, lo que es coherente con los hechos 6º y 7º que se presumen ciertos, por lo que se debe modificar el ordinal primero de la sentencia recurrida, máxime cuando el hecho primero de la demanda no formó parte de dicha presunción como consecuencia de la inasistencia de la demandada a la audiencia de conciliación y al interrogatorio de parte.

No obstante, como el juzgado al tener probada la sustitución patronal con la señora MARGOTH MUÑOZ TÉLLEZ liquidó las prestaciones sociales entre el 14 de febrero de 2015 y hasta el 5 de febrero de 2018 conforme al ordinal tercero de la demanda, lo que corresponde a los hechos que se presumen ciertos, no se hace necesaria la modificación de las acreencias laborales a que fue condenada la demandada y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia recurrida.

## COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **la parte demandada**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000).

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. – MODIFICAR** el ordinal primero de la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de indicar que la relación laboral inició el 15 de febrero de 2015, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

**SEGUNDO: CONFIMAR** en lo demás la sentencia recurrida, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**TERCERO.** – Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000).

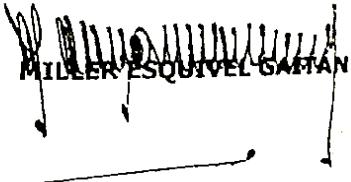
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GARTAN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ KARIME CELÍN VARGAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y LA AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 2018 – 00527 01 Juz. 39.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**LUZ KARIME CELÍN VARGAS** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 13 y 14 del archivo 1 del expediente digital.

**PRINCIPALES**

- Se declare la nulidad del traslado y afiliación del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su caso por PROTECCIÓN S.A.
- Se ordene el retorno de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

**SUBSIDIARIAS**

- Se ordene a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimiento financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual del afiliado

- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 1 a 3. La señora LUZ KARIME CELÍN VARGAS nació el 19 de agosto de 1962 y a la fecha cuenta con 1142 semanas de cotización. Que ha cotizado desde el mes de febrero de 1991 inicialmente al ISS. En enero de 1996 la demandada fue asesorada por la señora Martha Elena Concha asesora de PROTECCIÓN S.A. quien la persuadió con información errada para que realizara el traslado de régimen pensional. Le informó que el bono pensional podía utilizarlo a su antojo en el momento en que quisiera, pero sin explicarle qué era el bono pensional, que podría pensionarse a cualquier edad y que en caso de fallecimiento la pensión quedaría a sus herederos, pero sin informarle los montos y las condiciones para acceder a la pensión, las modalidades de esta y la forma como se calcula la pensión. Le informaron que el ISS se iba a acabar y que era más conveniente para su futuro el régimen de ahorro individual.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de esta ciudad el 7 de marzo de 2019 (fl. 9 archivo 3), notificadas las demandadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo, las llamadas a juicio contestaron la demanda de la siguiente manera:

**PORVENIR S.A.-** Contestó la demanda en los términos que se observan en el archivo 02.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Manifestó que no le constan los hechos de la demanda
- Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** dio respuesta en los términos del documento que obra en el archivo 3.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó el traslado de régimen, la edad del demandante, la reclamación administrativa, la respuesta dada por COLPENSIONES. Manifestó que no le constan los demás hechos.
- Formuló como excepciones de mérito las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada.

**PROTECCIÓN S.A.** Fue vinculada al proceso mediante auto de fecha 27 de noviembre de 2019 (fl. 150 archivo 05), quien una vez notificado dio contestación a la demanda en los términos del escrito que obra a folios 15 a 44.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con el traslado de régimen, las cotizaciones efectuadas al ISS, que suscribió el formulario de traslado y la solicitud de traslado al RPM. Negó los demás.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de septiembre de 2021 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró que el traslado que hizo la señora LUZ KARIME CELIN VARGAS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 01 de mayo de 1995 a través de la AFP PORVENIR S.A. es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se encontraba afiliada la demandante, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Ordenó a

PORVENIR S.A. que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se encontraba afiliada la demandante, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Ordenó a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia y a reactivar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas e informó a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones correspondientes para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, por parte de PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A.

Llegó a esta determinación al considerar que la obligación de informar adecuadamente a los afiliados al momento del traslado de régimen correspondía a las AFP desde la expedición de la Ley 100 de 1993, cuya carga de la prueba corresponde a las AFP demandadas. Consideró, que conforme a jurisprudencia y las pruebas allegadas al expediente, la actora había cotizado al ISS inicialmente y que el traslado de régimen se efectuó sin la correspondiente información pues no bastaba con la firma del formulario de afiliación suscrito por la demandante para lo que tuvo en cuenta la jurisprudencia y que en este caso y conforme al interrogatorio de parte las AFP demandadas no demostraron haber cumplido con la carga de la prueba que les asistía de haber informado a la demandante de manera completa y adecuada teniendo en cuenta que las personas no tienen un conocimiento sobre las implicaciones del traslado de régimen para probar que se cumplió con el deber de información sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen y por tanto era procedente declarar la ineficacia del traslado y tener como válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida. Respecto a la asesoría telefónica manifestó que si en gracia de discusión ella la hubiera recibido solo fue hasta el antes al vencimiento del término para trasladarse, es decir, el 18 de agosto de 2019; que no está firmada por la demandante (fl.48) y en ese mismo día no podía trasladarse de régimen, no se acreditan las informaciones que le dieron en ese momento y en ese formato dice que realizado el cálculo le convenía quedarse en PROTECCIÓN S.A., (fl.123 y 124) cuando el resultado es claramente es muy inferior al de COLPENSIONES, por lo que consideró que fue una desinformación otorgada a la demandante. Declaró la ineficacia del traslado y ordenó devolver a

COLPENSIONES las cotizaciones, los rendimientos, bonos pensionales, los dineros destinados a la garantía de pensión mínima, los gastos de administración a cargo del propio peculio de las AFP demandadas en el término de un mes. Condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante al régimen de prima media y condenó en costas a las demandadas.

### **Recurso de Apelación**

**PROTECCIÓN** - Apela parcialmente respecto de las cuotas de administración y seguro previsional. Señala que la AFP generó altos rendimientos y resulta castigada por su excelente gestión con esta condena que además genera un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES. Que los descuentos en mención están autorizados por la Ley 100 de 1993 no solo para el RAIS sino también para el RPM y no están destinados a financiar la pensión, por lo que son prescriptibles. A la aseguradora se le han pagado los seguros previsionales que fueron pactados y se trata de un tercero que no fue vinculado al proceso.

**PORVENIR S.A.-** Interpuso recurso de apelación por cuanto COLPATRIA cumplió con todos las preceptivas que en ese momento se encontraban vigentes pues no era obligación tener prueba documental y solo se brindaban de manera verbal por lo que el formulario de afiliación debe ser tenido como prueba de ello, por lo que solicita que los pronunciamientos de la CSJ no se tengan en cuenta pues no existían para el momento del traslado. En cuanto a los gatos de administración también rigen en el RPM y no están llamados a financiar la prestación y por ello procede la excepción de prescripción pues de lo contrario se genera un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES. Cita un concepto del 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera solo se deben reintegrar las cotizaciones y sus rendimientos

**COLPENSIONES.-** Solicita se revoque la decisión teniendo en cuenta que la demandante hizo uso de sus derecho al traslado de régimen en 1995 de manera libre y voluntaria sin coacción al momento de la afiliación y la demandante lo reconoció en el interrogatorio de parte y que incluso posteriormente hizo un traslado horizontal cuando tenía la posibilidad de presentar sus inquietudes al respecto y tuvo la oportunidad de comparecer a las oficinas de las demandadas para presentar sus cuestionamientos como era su deber conforme a la Decreto 2241/2010 y solo en el 2018 presentó la solicitud de traslado de régimen de prima media.

### **Alegatos ante este Tribunal**

**Parte demandante:** Indicó que conforme a los diversos pronunciamientos jurisprudenciales es procedente y correcta la declaratoria de ineficacia dictada en primera instancia, además, el fondo privado no cumplió con la carga de la prueba, razones suficientes para confirmar la decisión de primera instancia.

### **Parte demandada:**

**PROTECCIÓN:** Guardó silencio.

**COLPENSIONES:** Indicó que la actora está inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, que no se acreditó ningún vicio del consentimiento al momento del traslado, que el fondo privado cumplió con el deber de información y que la decisión adoptada en primera instancia genera una descapitalización del sistema pensional y solicitó se condicione el cumplimiento de la sentencia así como no sea condenada en costas, situaciones no solicitadas en el recurso, por lo que se abstiene la Sala de estudiarlas.

**PORVENIR:** En síntesis, reiteró los argumentos expuestos en su alzada.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineffectuación del traslado de régimen y la condena a restituir las sumas de gastos de administración y seguro previsional.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 21 a 25 Archivo 01 del expediente digital, contentivo de la solicitud elevada ante COLPENSIONES radicadas el 13 de julio de 2018 y la consecuente respuesta

negativa del fondo público de fecha 16 de julio de 2018 (fl. 26), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional**

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que se encuentra afiliada al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación a horizonte EL 20 DE ABRIL DE 1995 (fl. 58 archivo 02) y a PROTECCIÓN S.A. el 14 de DICIEMBRE DE 1995 (fl. 45 archivo 5), afiliación que se encuentra vigente.

### **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión no se le suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante diligenció una solicitud de vinculación a las AFP demandadas, como se indicó anteriormente, con lo cual se cumplirían los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.** La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores*

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, contrario a lo que afirman las recurrentes, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021<sup>3</sup>, SL3035-2021), a las que les corresponde demostrar que le informaron a la afiliada entre otras cosas, el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyectaría, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su

---

públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

<sup>3</sup> "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>4</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostraron las AFP demandadas, ya que se limitaron a manifestar, incluso en el recurso, que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero, sin embargo, conforme al interrogatorio de parte absuelto por la actora, aunque ella no recuerda la afiliación a HORIZONTE, lo cierto es que es claro que el asesor no le explicó ni ventajas ni desventajas de pertenecer al RAIS ni las condiciones para acceder a una pensión en el fondo privado, pero sobre todo que no se tuvo en cuenta cuál era su situación personal frente a la pensión, lo que hubiera sido claro para ella si el asesor le hubiera suministrado una información clara y suficiente para conocer las ventajas y desventajas del traslado de régimen. Por el contrario, la misma AFP manifestó en el interrogatorio haberle dado una información telefónica el día anterior al vencimiento del término para regresar al régimen de prima media y haberle comunicado en esa oportunidad, que le era beneficioso mantenerse en el RAIS, lo cual a todas luces constituye una desinformación que contribuyó a confundir a la actora para no realizar el traslado al RPM.

Una vez verificada la declaración rendida por la actora y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que las AFP demandadas no demostraron haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no se realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuánto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber

---

<sup>4</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS o por el traslado entre AFP.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón<sup>5</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) y en este caso la información no se dio en el momento del traslado sin que hubiera sido obligación de la demandante asesorarse por su cuenta de cuál era el régimen que más le beneficiaba como lo indica COLPENSIONES en su recurso, en primer lugar porque la norma que cita como fundamento para ello fue expedida en el año 2010, fecha para la cual la demandante hacía 15 años que se había trasladado de régimen.

### **Orden de devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional.**

Respecto a esta condena, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que "*El efecto de la declaratoria de la ineffectividad del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese*

---

<sup>5</sup> "Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

*existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*”, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones 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 lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público (SL2877-2020) y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público como lo pretende en su recurso el apoderado de COLPENSIONES.

*"El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida."*

Igualmente, en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

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

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Acorde con la jurisprudencia en cita es a las AFP demandadas a quienes corresponde devolver de su propio patrimonio los valores que recibió con motivo de la afiliación de la actora y asumir las mermas que sufrió el capital de la afiliada, por lo que no era necesario vincular a la Aseguradora, como se indica en el recurso.

Respecto a la prescripción de los gastos de seguros previsionales es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que "El efecto de la declaratoria de la ineeficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales", en consecuencia, la ineeficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba trasferir por parte de la AFP a Colpensiones TODOS los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración, realizando la claridad que, si bien los fondos de pensiones privados se rigen como las entidades financieras, no es menos cierto que el dinero que aquí están administrando no les pertenece a ellos, sino a la afiliada, la cual, lo deposita en la cuenta de dicho fondo con el único objetivo de solventar en el futuro su beneficio pensional, el cual se encuentra enmarcado dentro del derecho a la seguridad social y que, es irrenunciable, innegociable e imprescriptible, por lo tanto, tampoco se aplica el fenómeno de la prescripción de dichas sumas.

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

## COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida el treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2022) por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. –** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

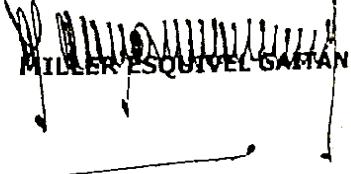
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ISIDRO SANTOS GUTIERREZ CONTRA  
INVERSIONES Y REPRESENTACIONES ARMAR LTDA. Rad. 2016 00512 01  
Juz. 15.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidos (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

ISIDRO SANTOS GUTIERREZ demandó a INVERSIONES Y REPRESENTACIONES ARMAR LTDA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Declaración de existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales, el que terminó unilateralmente y sin justa causa.
- Reconocimiento y pago de \$10.000.000 por concepto de honorarios que corresponden a la revocatoria directa obtenida en el Consejo de Justicia.
- Reconocimiento y pago de \$60.000.000 por concepto de honorarios que atañen a la demanda que se adelantó ante el contencioso administrativo en primera y segunda instancia.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. El 25 de septiembre de 2005 el Distrito cometió un error administrativo al demoler una casa de habitación, asumiendo que ese espacio era de uso público al leer mal un plano. Meses después de la demolición fue contratado por la demandada para iniciar el trámite administrativo de revocatoria directa por la orden de derribamiento de la casa ubicada en la carrera 9 # 108 80 – 82 de esta ciudad. Adelantó la querella 018 de 2001, la que fue resuelta favorablemente por el Consejo de Justicia, donde se

revocó los actos administrativos que gozaban de presunción de legalidad. Luego de estas actuaciones, la empresa le confirió poder para adelantar una demanda de reparación directa por falla del servicio en la que incurrió el Distrito, la que se adelantó en primera instancia ante el Tribunal Superior de Cundinamarca, en esa oportunidad se indicó que la acción a adelantar era la nulidad y el restablecimiento del derecho, interpretación que consideró equivocada, por eso interpuso recurso de apelación ante el Consejo de Estado, para que fuese reconsiderada la valoración de los planos. Después de 4 años de estar el proceso en esta alta Corte, la llamada a juicio le revocó el poder sin razón ni justificación alguna.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, la demandada contestó a través de curador ad litem en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- No se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Como excepciones de mérito propuso; prescripción, buena fe y genérica.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia el 31 de enero de 2022 en la cual dispuso:

**"PRIMERO: CONDENAR a la sociedad demandada *INVERSIONES Y REPRESENTACIONES ARMAR LTDA EN LIQUIDACION* a pagar al doctor *ISIDRO SANTOS GUTIERREZ* a título de honorarios profesionales y con ocasión de las acciones adelantadas dentro de la reclamación administrativa en contra de Bogotá Distrito Capital la suma de 3 S.M.L.M.V. para el año 2007 que corresponden a un valor de \$1.301.100, un valor que se pagará debidamente indexado desde el día 19 de junio de 2016 hasta la fecha efectiva de pago conforme se expuso en la parte motiva."**

***SEGUNDO: ABSOLVER* a la parte demandada de las demás pretensiones invocadas en la presente acción y en estos términos declarar demostradas las excepciones de *COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN* respecto de estas demás pretensiones.**

***TERCERO: CONDENAR* en costas a la parte demandada, para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a la suma de \$200.000."**

Llego a esa determinación al encontrar probada la prestación personal del servicio por parte del demandante en las dos actuaciones que se piden con la demanda, esto es, en sede administrativa y judicial (primera y segunda instancia). Como no se allegó prueba del monto de los honorarios pactados, el juez conforme los artículos 2142 y 2143 del Código Civil, y en observancia de las tarifas del Colegio Nacional de Abogados vigentes para el año 2007 (anualidad en la que se adelantaron las gestiones) calculó los honorarios de las actuaciones administrativas en 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, los que tenían que ser cancelados de forma indexada. Para la actuación judicial (reparación directa), se estableció en las referidas tarifas el pago del 30% de la suma recaudada, y como en el asunto no prosperaron las pretensiones del proceso ante lo contencioso administrativo por la prosperidad de las excepciones, el juez se abstuvo de imponer condenada.

### **Recurso de apelación**

La **parte demandante** pide se tenga en cuenta que la demandada obtuvo un beneficio económico como lo fue liberar un bien que ya le había sido expropiado y sobre el cual ya no tenía ningún derecho. Resalta que el predio es de la llamada a juicio gracias a sus gestiones. Insiste en que se revise el valor de los honorarios fijados, el costo del inmueble y la recuperación de los derechos de la propiedad. Resalta que si bien no se logró el cobro de la indemnización pretendida por la demolición de la casa, el inmueble si se recuperó.

### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Guardó silencio.

**Parte demandada:** Guardó silencio.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos por el parte demandante, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*". El cual se limita a establecer si se debe tasar un valor adicional al establecido por el A quo, por la gestión desarrollada por el actor al servicio de la demandada.

## **Contrato de Prestación de Servicios**

Frente al monto y la causación de los honorarios, es de recordar que los contratos de prestación de servicios como el aquí citado, están regulados por las normas propias del contrato de mandato esto es, los artículos 2142 y siguientes del Código Civil, cuyo artículo 2143 dispone que puede ser gratuito o remunerado y que la remuneración es determinada por la convención, por la Ley o por el juez<sup>1</sup>, igualmente el artículo 2184 numeral 3º *ibídem*, define que el mandante está obligado entre otras cosas a pagarle al mandatario la remuneración estipulada o la usual<sup>2</sup>. En el asunto no es objeto de controversia que entre las partes se configuró un contrato de mandato a través del cual, el actor prestó sus servicios como apoderado judicial de la empresa demandada, ni que las actuaciones que condenó el A quo datan del año 2007. Como ya se referenció, con esta demanda ordinaria SANTOS GUTIÉRREZ pidió el pago de los honorarios de las actuaciones que adelantó en sede administrativa y judicial, las cuales se pasan a relacionar así:

### **Actuaciones Administrativas**

- Copia de la solicitud de revocatoria directa de la Resolución 036 del 10 de mayo de 2002, interpuesta ante el Consejo de Justicia de Bogotá y del acto administrativo 042 de 2002 dentro de la querella 018 de 2001.
- Escrito de la Revocatoria Directa presentado ante el Consejo de Justicia de Bogotá.
- Derecho de petición donde solicitó copia de la revocatoria de la Resolución 036 del 10 de mayo de 2002, y del acto administrativo 042 de 2002 dentro de la querella 018 de 2001.
- Copia de la solicitud de respuesta al derecho de petición mencionado.

### **Actuaciones Judiciales**

- Se allegó poder para instaurar acción de reparación directa a nombre de INVERSIONES Y REPRESENTACIONES ARMAR LTDA contra el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ, a fin de lograr la indemnización integral por el daño especial falla del servicio, daño antijurídico y grave empobrecimiento patrimonial

---

<sup>1</sup> **ARTICULO 2143. MANDATO GRATUITO O REMUNERADO.** *El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez.*

<sup>2</sup> **ARTICULO 2184. OBLIGACIONES GENERALES.**

*El mandante es obligado:*

*(...)*

*3). A pagarle la remuneración estipulada o usual.*

ocasionado a los propietarios con la demolición y expropiación de hecho del inmueble correspondiente a una casa de habitación ubicada en la carrera 9 No 108 – 80 de esta ciudad.

- Acción de reparación directa instaurada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se peticionó: declarar al Distrito Capital responsable de la falla del servicio al ordenar el 23 de septiembre de 2005 a través del alcalde menor de Usaquén la demolición de la casa de propiedad de la aquí demandada por error grave en la apreciación del plano Y17/4-08, y que en subsidio se declare que el Distrito expropió de hecho y sin justificación el citado inmueble, en consecuencia, allí pidió que se ordene al Distrito indemnizar los graves perjuicios por la suma de \$425.000.000 como daño emergente indexados, \$59.760.000 por concepto de daño emergente representado en el costo de la resciliación, intereses moratorios, la suma de \$252.530.000 que se debió devolver a la compradora en virtud de la resciliación. \$81.600.000 por daño emergente con sus intereses y la suma de \$2.500.000 por concepto de arriendos dejados de percibir por la demolición.
- Recurso de apelación contra la sentencia proferido por el Tribunal mediante la cual declaró probada la excepción de inepta demanda, de allí se resalta que parte de los argumentos que tuvo en cuenta el Tribunal para absolver fue "*Así las cosas, es claro que frente a los actos administrativos expedidos por la alcaldía local de Usaquén y el Consejo Superior de Bogotá Distrito Capital, procedía interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho*".
- Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección "A" M.P. JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ, del 04 de febrero de 2010, en el proceso con radicado 2007 00317, en la que se declaró probada la excepción de inepta demanda.
- También se cuenta con la consulta de procesos de la página web de la rama judicial, de allí se resalta que en el Consejo de Estado se dictó sentencia el 21 de noviembre de 2017 donde se confirmó la sentencia del Tribunal.

De lo anterior, se colige que en efecto el demandante desplegó determinadas actuaciones a favor de la empresa demandada relacionadas con la Revocatoria Directa del acto administrativo que profirió la Alcaldía Local de Usaquén y que dispuso la demolición de la casa de habitación ubicada en la carrera 9 # 108 80 – 82 de esta ciudad. Sin embargo, las actuaciones acreditadas en el proceso se limitan solamente al ejercicio del derecho de petición y a la interposición de una demanda

ante el Consejo de Justicia de Bogotá, y si bien, se alega que gracias a la gestión del profesional del derecho demandante la empresa Inversiones y Representaciones Armar Ltda. logró recuperar los derechos como dueño del predio referido, lo cierto es, que en el asunto no se allegó prueba de estas situaciones a fin de constatar que este fue el resultado de la gestión realizada por el demandante y así proceder a variar el valor de los honorarios tasados por el juez de instancia, de ahí que el A quo para fijarlos hubiese aplicado el numeral 16.7 de la tarifa de honorarios profesionales determinada por el Colegio Nacional de Abogados de Colombia – CONALBOS, para el ejercicio de la profesión del derecho adoptada por resolución No 001 de junio 26 de 2007, el cual señala que en caso de agotamiento de vía gubernativa se reconoce "*Tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, suma que hará parte de los honorarios, si hay juicio ante la Jurisdicción Administrativa*".

El apelante, insiste que se varíe el valor de sus honorarios, y que para ello se tenga en cuenta que la compañía obtuvo un beneficio económico, como lo fue liberar un bien ya expropiado respecto del cual ya no ostentaba ningún derecho; empero, La Sala no tiene certeza de tal circunstancia, ya que al expediente no se allegó por ejemplo copia del acto administrativo que puso fin a la revocatoria directa tramitada ante el Consejo de Justicia de Bogotá para determinar el resultado de las diligencias, ni tampoco se trajo el certificado de tradición y libertad con el que se hubiera podido comprobar en el historial del predio los registros relacionados con el asunto o revisar los honorarios teniendo en cuenta el valor del inmueble recuperado. Entonces, con el escaso material probatorio, no es posible colegir que fueron las gestiones del demandante las que permitieron que la compañía demandada recuperara los derechos sobre el inmueble ubicada en la carrera 9 # 108 80 – 82, y bajo esa lógica entrar a aplicar la imposición de honorarios distintos a los ordenados por el juez, en lo que respecte a los trámites administrativos que adelanto el actor, y por estas razones esa cuantía no se puede modificar.

Y en cuanto a la Acción de Reparación Directa instaurada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y que tuvo segunda instancia en el Consejo de Estado, es de advertir que, aunque sus actuaciones en esos procesos están acreditadas, de todas maneras, en este momento no se puede llegar a conclusión distinta a la que alcanzó el fallador de instancia, ya que al aplicar la misma tabla de CONALBOS vigente para la época de los hechos, allí se dispuso en el numeral "*16.25. Reparación directa: El 30% de la suma conseguida*". Sin que en el asunto se haya obtenido ninguna suma a favor, pues en primera instancia se absolvió de las pretensiones de la demanda porque prosperó la excepción de inepta demanda, decisión que como ya se inició con anterioridad fue confirmada por el Consejo de Estado.

Bastan los anteriores argumentos para **confirmar** la sentencia apelada.

### COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjese la suma de \$300.000 como agencias en derecho.

### DECISIÓN

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

### RESUELVE

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el día 31 de enero de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjese la suma de \$300.000 como agencias en derecho.

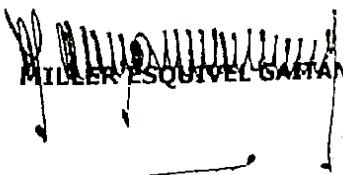
### NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA NELCY TOLOZA ACEVEDO  
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00334 01 Juz 07.**

En Bogotá D.C., a los siete (7) días de julio de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

MARÍA NELCY TOLOZA ACEVEDO demandó a la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Se declare que es beneficiaria del régimen de transición.
- Pensión de vejez.
- Intereses moratorios.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 2 de octubre de 1959. La demandante siempre se desempeñó como empleada pública. Se vinculó a la Contraloría General de Boyacá el 14 de abril de 1988, entidad en la

que laboró hasta el 30 de noviembre de 1995. Realizó aportes a la Caja de Previsión Social. A partir del 1º de diciembre de 1995 se afilió al ISS. Se trasladó al RAIS, a través de la AFP Porvenir el 29 de mayo del 2000. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro individual. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo de la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. En el año 2016 solicitó retorno a Colpensiones, petición que le fue negada mediante comunicado del 5 de diciembre de 2016, por ser inviable.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,**  
en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, las cotizaciones efectuadas al ISS, la edad para el 30 de junio de 1995, el 2 de octubre de 2014 y la que tiene en la actualidad, el derecho de petición presentado ante Colpensiones y la respuesta brindada.
- Formuló como excepciones de fondo; inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

**PORVENIR S.A.,** contestó como consta en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante y la edad cumplida por la actora.
- Propuso como excepciones de fondo; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las

obligaciones laborales de trato sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y genérica.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

**"PRIMERO:** Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: La señora MARÍA NELCY TOLOZA con la AFP PORVENIR SA el 25 de mayo de 2000 contenida en el formulario No. 01383136.

**SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora MARÍA NELCY TOLOZA dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

**TERCERO:** Igualmente, AFP PORVENIR S.A., debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados.

**CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

**QUINTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez conforme los lineamientos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. La pensión deberá ser reconocida a partir del momento en que dejó de cotizar al sistema de pensiones, tomando como IBC conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el consolidado de los últimos diez años de cotización o de toda la vida laboral, la que resultare más favorable.

**SEXTO:** SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (...)"

Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. También indicó que al ser la demandante beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100/93 y superar las exigencias del AL 01/05 tenía derecho a que se reconociera una pensión

de vejez conforme los parámetros del Acuerdo 049/90, por lo que ordenó a Colpensiones que una vez realizado el traslado efectivo procediera a reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante, la que se reconocerá desde el momento en que se acredite la desafiliación del sistema debiendo tener en cuenta también lo previsto en el art. 21 de la Ley 100/93, absolvio de los intereses del 141 *ibidem* por no haberse causado.

### **Recurso de apelación**

**COLPENSIONES:** Manifiesta que no le asiste derecho a la demandante a la declaratoria de ineeficacia de la afiliación y Colpensiones como tercero ajeno al acto de afiliación no puede asumir las consecuencias de la falta del deber de información por parte de la administradora de pensiones. Señala que la demandante manifestó en el interrogatorio de parte rendido en juicio, que tenía conocimiento de los requisitos para acceder a la pensión en el RPM. Indica que no se puede analizar la validez de la afiliación partiendo de supuestos normativos que surgieron de forma posterior al traslado efectuado. La presente decisión puede generar la descapitalización del sistema pensional. Refiere que a Colpensiones no le corresponde el reconocimiento pensional, toda vez que la actora se encontraba afiliada al RAIS y no contribuyó durante todos estos años en el fondo común de afiliados al RPM.

**AFP PORVENIR:** Afirma que para la fecha en que se materializó el acto de traslado solicitado por la demandante no se encontraba en cabeza de las AFP el deber de información, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación de la actora. Manifiesta que tampoco se determinó la existencia de algún vicio del consentimiento. Solicita revocar la condena de la devolución de los gastos de administración, comisiones y demás sumas, comoquiera que resulta improcedente con base en la teoría de las restituciones mutuas. Precisa que la AFP siempre ha actuado de buena fe en ejercicio de su gestión de administración y que la presente decisión pone en riesgo su patrimonio, viola los principios del sistema general de pensiones y genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Afirma que la sentencia de primera instancia se basó en que el fondo de pensiones no logró probar que hubiese brindado la información clara, precisa, oportuna para que al momento del traslado hubiese una decisión informada, por lo que dentro del proceso quedó claro que procede la ineficacia del traslado ya que a la demandante no le brindaron la información necesaria para que la decisión no fuera viciada.

### **Parte demandada**

- **COLPENSIONES:** Señala que en el acto jurídico de afiliación no se observa ningún vicio del consentimiento y de hecho si llegara a existir no puede recaer la carga de la prueba exclusivamente en cabeza del fondo privado. De otra parte, se debe tener en cuenta los deberes mínimos en cabeza de los afiliados, que obligan a que se informen de forma adecuada sobre el sistema pensional antes de acceder a los servicios que brinda. La afiliada guardó silencio en el transcurso del tiempo, con lo que ratificó su intención de permanecer en el RAIS. Reitera que la presente decisión afecta la descapitalización del sistema pensional, máxime el subsidio de una pensión con las cotizaciones de otros afiliados que contribuyeron a la conformación del fondo común.
- **PORVENIR S.A.:** Solicita se analicen las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineffectuación del acto jurídico por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, como quiera que Porvenir S.A. 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 reitera 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 lo expuesto por la parte actora, en diferentes actos ejecutados por la parte demandante, pruebas que analizadas en conjunto y de manera crítica sin duda exhiben el tan mentado consentimiento informado, más allá del momento mismo del traslado.

## **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional, si la orden del juez constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones o si atenta contra la estabilidad financiera del sistema general de pensiones. En el grado jurisdiccional de consulta La Sala revisará lo concerniente al reconocimiento pensional.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 30 de septiembre de 2016 (expediente digital), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al RAIS desde el 25 de mayo del 2000 cuando solicitó su vinculación a Porvenir S.A.

### **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 25 de mayo del 2000 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (expediente digital), con la cual cumpliría los requisitos

que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.** La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

En el asunto la AFP demandada no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, pese a que también fue

---

<sup>3</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

allegada la solicitud de afiliación (expediente digital) consignada con la firma de la demandante la que no es prueba suficiente para probar un consentimiento debidamente informado ya que éste no acredita el haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

La AFP Porvenir, se limitó a manifestar que brindó una asesoría clara, precisa y suficiente en cuanto a las ventajas y desventajas del traslado y que cumplió con las previsiones del Dto. 692 de 1994, sin embargo, no encuentra esta Sala la realización de proyección de medida pensional alguna, tampoco el cálculo de la tasa de reemplazo en una y otra administradora y el calculó del IBL de la demandante. Información que debió ser suministrada al momento del traslado, no posterior al mismo, como quiera que es un elemento que permite inferir el cabal cumplimiento del deber de información, al ilustrar al afiliado para que tomara la decisión más óptima aplicable a su caso en particular. Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de brindar características generales de cada régimen pensional o trasladarse de AFP, pues contar con tal información sin la proyección real del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, ya que es evidente que en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Es preciso recordar que el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, pues para tales fines se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia *CSJ SL 3871 de 2021*, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en*

*que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

Es de precisar que en estos asuntos no se exige una prueba a cargo de las AFP, pues se reitera su deber de información era una obligación desde su creación en el sistema de seguridad social, y al ser las administradoras la parte con mayor facilidad en el manejo y suministro de la información es que se hace necesaria la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole a los Fondos aportar el material probatorio que dé cuenta de ello, sin limitar el medio de prueba que se pretenda hacer valer en su defensa.

### **Devolución de los gastos de administración**

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía la actora en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en contra de la administradoras de fondos de pensiones demandadas, es preciso indicar tal como lo indica la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales", en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de Porvenir S.A. a Colpensiones 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 lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Lo anterior como quiera que son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por

unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL 2877-2020<sup>4</sup>) y evitar un enriquecimiento sin justa causa.

**Pensión de vejez y régimen de transición analizados en virtud del grado jurisdiccional de consulta.**

Al respecto el juez ordenó a Colpensiones que reconozca y pague una pensión de vejez a la actora bajo los parámetros del Acuerdo 049/90 una vez se materializara el traslado de todos los rubros que se generaron en la cuenta de ahorro individual de la demandante con motivo de su afiliación al RAIS, decisión que se encuentra acertada como quiera que en este momento resulta imposible verificar las condiciones particulares de la demandante a efecto de efectuar una liquidación de su mesada pensional. Por tanto, una vez Colpensiones reciba todos los valores de la cuenta de ahorro individual de TOLOZA ACEVEDO con los respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, deberá proceder con el estudio del reconocimiento pensional.

En cuanto al régimen de transición se constata con la copia de la cédula de ciudadanía que milita en el expediente digital, que la actora nació el 02 de octubre de 1959, por lo que al 1 de abril de 1994 contaba con 34 años de edad, no obstante, se verifica también que TOLOZA ACEVEDO ostentó la calidad de trabajadora pública, que desde el mes de abril de 1988 al 30 de noviembre de 1995 estuvo vinculada con la Contraloría General de Boyacá y los aportes a pensión se efectuaron a la Caja de Previsión Social de Boyacá, que desde el 30 de noviembre de 1995 al 31 de mayo de 2000 sus aportes se realizaron al ISS y a partir del 01 de junio de 2000 en adelante cotizó en la AFP PORVENIR, por lo que conforme al Decreto 1068 de 1995 la demandante cuando entró a regir el sistema general de pensiones en los niveles departamental, municipal y distrital ya contaba con los 35 años de edad, y para el 25 de julio de 2005 acreditaba una densidad de 952 semanas, las que superan las mínimas exigidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que le asiste razón al A quo al afirmar que la demandante tiene derecho a conservar su régimen de transición y que se le reconozca la prestación bajo los parámetros del Acuerdo 049/90.

---

<sup>4</sup>. El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la **confirmación** de la sentencia apelada.

### COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las demandadas. Fíjense la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

### DECISIÓN

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

### RESUELVE

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de marzo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las demandadas. Fíjense la suma de Un millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

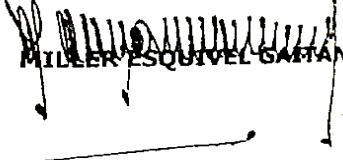
### NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER EQUÍVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ HELENA ADRIANA RESTREPO MARTINEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Rad. 2018 00441 01 Juz 7.**

En Bogotá D.C., a los siete (07) de julio de veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

LUZ HELENA ADRIANA RESTREPO MARTINEZ demandó a la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en los folios 5 y 6.

- Nulidad o ineeficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Reactivar a la demandante en el RPM.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente a folios 6 a 8. Efectuó cotizaciones en el ISS desde julio de 1986, el 5 de julio de 1996 se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A., entidad que no le brindó la información necesaria y suficiente para tomar una decisión consciente e informada de las consecuencias de la decisión del cambio de régimen pensional. En la actualidad cuenta con más de 1.227 semanas cotizadas al sistema, el 27 de abril de 2017

mediante derecho de petición solicitó la invalidación de la afiliación al RAIS y el 22 de mayo de ese año a COLPENSIONES, peticiones que fueron negadas.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** en los términos del escrito visible en el expediente Fl 71 a 86.

- Solo se opuso a las pretensiones elevadas en su contra.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de afiliación al ISS, semanas aportadas al RPM y la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación y genérica.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible en el expediente a folios 97 a 105.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el traslado al RAIS y la petición de anulación del mismo.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de trato sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica.

El 15 de mayo de 2019 (fl 222), Se vinculó al proceso a la AFP OLD MUTUAL S.A., hoy **SKANDIA S.A.**, la que contestó la demanda en los términos del escrito visible en el expediente Fl 246 a 256.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.

- Formuló como excepciones de mérito; pago, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el 25 de febrero de 2022, en la que dispuso declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la demandante con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR SA el 5 de julio de 1996 contenida en el formulario No. 574158, con la AFP SKANDIA SA el 12 de octubre de 2007 contenida en el formulario No. 407218 y con la AFP HORIZONTE hoy PORRVENIR SA el 18 de abril de 2008 contenida en el formulario No. 03824. Ordenó a PORVENIR SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de RESTREPO MARTINEZ, dineros que debían incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. Ordenó a PORVENIR SA Y SKANDIA SA devolver todo los descontado mientras la afiliada estuvo en cada fondo **como gastos de administración y comisiones causados** y descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que se tienen que reintegrar a COLPENSIONES indexados y a COLPENSIONES le ordenó recibir a la actora sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al ISS.

Llegó a esa determinación básicamente al tener en cuenta que la AFP no cumplió con su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por esta razón ordeno que las AFP demandadas tenían que devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero causadas o emolumentos descontados por motivo de la afiliación de la demandante en cada fondo, valores que debían ser devueltos de forma indexada.

## **Recurso de apelación**

**COLPENSIONES:** No obra en el expediente prueba alguna que demuestre que existió algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil eso es el error la fuerza o el dolo, ahora bien nos encontramos en un punto en derecho no repercutible en una declaración de ineeficacia ya que dicho radica en el acto jurídico celebrado por el demandado y los fondos privados por no tratarse de aquel error que afecta su anulación o una revisión judicial; por otro lado se debe recalcar que se ve reflejada la ratificación de la voluntad por el tiempo de permanencia en el RAIS y actos de relacionamientos (SL 1061 de 2021). Acude a las obligaciones reciprocas de las partes, como las previstas en el Decreto 2241 de 2010 con respecto al aprovechamiento de los medios de difusión de información sobre el sistema general de pensiones, de conformidad con lo anterior también existen obligaciones en el plazo de los demandantes destacando el silencio en el transcurso del tiempo destacándose, por lo tanto la decisión de la demandante es consciente y voluntaria de permanecer en el régimen. Finalmente alegó el desequilibrio financiero que se presenta con estas decisiones, cita los artículos 48 Constitucional, adicionado por el Art. 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 el que reitera lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual establece de forma expresa una prohibición a los afiliados que les faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

**AFP PORVENIR:** Se debe anotar que se brindó consentimiento informado al momento de firmar el formulario de afiliación y la demandante era una persona capaz, ningún formulario se tachó de falso, porvenir cumplió con su deber probatorio. Conforme el art. 1749 del CC el traslado sobre plena validez, el cambio obedece a una cosa licita, aquí lo que se presentó fue un error de derecho que no afecta el consentimiento. Ataca la inversión de la carga de la prueba que adujo el juez y la falta de un asesoramiento debido, precisa que se revise el interrogatorio de parte donde el demandante confiesa que sabe de algunas de las características del RAIS. Pide se tenga en cuenta los actos de relacionamiento, el juez no apreció las pruebas en conjunto, porque no se tuvo en cuenta el testimonio del asesor de Porvenir SA, quien dijo que la demandante para la época del traslado laboraba en la Compañía Compartir, de lo que se infiere que el testigo sí conocía de las circunstancia del traslado de la actora, se resalta que este testigo sabía los temas propios de la seguridad social, por sus años de experiencia en el cargo, quien

aseveró que a los afiliados se les indicaba en las asesorías aspectos como las ventajas del RAIS, la rentabilidad del 30%, los aportes voluntarios y que se hacía un cálculo en un sistema para comparar mesadas en uno y otro régimen, las asesorías eran generales y particulares; resalta que Porvenir sí allegó las pruebas para demostrar la idoneidad del asesor porque el manifestó que se le dio una capacitación en la Universidad Javeriana sobre cálculos actuariales, manejo tributario y de Excel, capacitaciones periódicas y todo esto lo resalta para demostrar que la AFP en su momento si tenía el cuidado en el deber de informar y demostrar a la demandante las diferentes circunstancias para la toma de la respectiva decisión, éste testigo nunca hacía referencia a que el ISS se iba a acabar, lo que trae a colación para resaltar que la demandante está faltando a la verdad. A la demandante se le capacitó de forma individual. Pide también que se revoque la condena por gastos de administración porque la misma genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, aduce que estos dineros no integran la posible mesada pensional, existen rubros que ayudaron a acrecentar los fondos de la cuenta de ahorro individual, pide se revoque la condena del seguro previsional, pues al haber restituciones mutuas están deben regresar a su estado inicial, además estos dineros ya fueron invertidos y no los tiene la AFP. Finalmente aduce que la demandante ya está inmersa en la prohibición de los 10 años para trasladarse de régimen pensional.

**AFP SKANDIA:** Precisa que desde el año 2008 trasladó todos los aportes de la cuenta de la demandante al fondo Horizonte hoy Porvenir fondo donde actualmente esta la actora, por ende, como desde esa época se efectuaron todos los trasladados, el numeral tercero de la sentencia se debe revocar. En cuanto a los gastos de administración citó el art. 7 del Dto. 3995 de 2008 para decir que son solo esos rubros los que se deben trasladar cuando se dispone la movilidad entre regímenes sin que se contemple los gastos de administración, indica que para poder cumplir esa orden la AFP deberá asumirla con sus propios recursos lo que le genera un perjuicio económico y financiero.

#### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Pidió se confirme la decisión porque PORVENIR no demostró el cumplimiento al deber de información al momento del traslado, además,

conforme a las reglas establecidas en los diversos pronunciamientos jurisprudenciales de la SL CSJ es procedente la declaratoria de ineficacia.

### **Parte demandada:**

- **COLPENSIONES:** Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.
- **AFP OLD MUTUAL (SKANDIA):** Indicó que los gastos de administración son descontados por disposición legal, además que ya no se encuentran en las arcas del fondo, por otro lado, indicó que al ser cuotas que se descontaron periódicamente debe aplicarse el fenómeno de la prescripción. Por último, indicó que no procede la orden de devolver las sumas de manera indexada ya que se constituye una doble sanción, por cuanto al devolver los rendimientos generados se compensa la pérdida del poder adquisitivo de la moneda e hizo mención a pronunciamientos emanados del Tribunal Superior de Cali.
- **AFP PORVENIR:** En resumen, reiteró los argumentos expuestos en la alzada.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y con sus respectivas consecuencias.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 22 mayo del 2017 (fl 61), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

## **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 05 de julio de 1996, cuando se afilió a la AFP HORIZONTE S.A. (fl 37). La actora se trasladó a la AFP OLD MUTUAL el 12 de octubre de 2007, y mediante cesión por fusión está con la AFP PORVENIR desde el 01 de enero de 2014, tal como se constata del reporte SIAF del folio 108.

## **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el desde el 05 de julio de 1996, diligenció una solicitud de vinculación a la AFP HORIZONTE S.A. (fl 37), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario<sup>2</sup> no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, tal vez sean oportunos para demostrar el traslado del régimen pero no las condiciones en que el mismo se desarrolló, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>3</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verifiable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga

---

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>2</sup> SL3871-2021 "Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se suple con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. **Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado** (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020)."

<sup>3</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>4</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Es preciso recordar que el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, pues se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-*

---

<sup>4</sup>*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

*2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria”*

PORVENIR en su recurso para acreditar que demostró este deber de información, alegó que la demandante confesó en su interrogatorio que conoció de características del régimen de ahorro individual con solidaridad, aspecto que no resulta suficiente para acreditar el consentimiento informado y, sobre todo demostrar que la actora conocía de los alcances de pertenecer en uno y otro régimen pensional. Igualmente, alega que se dejó de valorar el testimonio de su asesor, con el que era dable constatar que el personal de la AFP es idóneo y cuenta con la formación suficiente para brindar la información adecuada a cada uno de sus afiliados, para que tomen la mejor decisión al momento de cambiarse de régimen, también alegó que su asesor ofreció las herramientas del caso, como hacer una proyección de los rendimientos de la afiliada los que oscilaban en un 30% y que suministró toda la información necesaria para que la demandante contara con un panorama muy claro sobre su futuro pensional; no obstante, éstas situaciones son solo aseveraciones que no cuentan con respaldo alguno en el expediente, con el fin de ofrecer a La Sala certeza de que en efecto así fue como acontecieron los hechos para la época del traslado. Es importante recordar que toda información que se expone por las partes en un litigio, debe ser constatada y verificada con otras herramientas probatorias, ya que en casos como el presente, las solas aseveraciones pueden resultar insuficientes, lo que se resalta para indicar que en este tipo de asuntos, ante la orfandad probatoria del demandante, (*a quien no se le exige llevar por ejemplo un registro de la documentación o información relacionada con sus cambios de AFP*), es a las administradoras, como directoras de los recursos de sus afiliados, y garantes tanto del recaudo de los aportes como del reconocimiento de las diferentes prestaciones que otorga el sistema, y dada su obligación en la conservación de la información y archivos, demostrar en juicio con el uso de los diferentes medios probatorios que ofrece la Ley, que en efecto brindó la información y documentación atinente al traslado, ya que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información en el momento histórico en que debió emplearlo pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante estuvo determinado tiempo en el RAIS, está inmersa en la prohibición de los 10 años para trasladarse de régimen prevista en la Ley 797/03, norma que no regula esta situación fáctica, que sea o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineeficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*".

Es de recordar que el art. 2. numeral 1. del Decreto 2241 de 2010, define la debida diligencia que deben tener las AFP, y la conceptúa como: "*Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.*" En este orden, sí la administradora dada su especial posición en el sistema de seguridad social, ni siquiera acredita haber cumplido con sus obligaciones a cargo, como pretende ahora exigir al afiliado que este se informe de las condiciones del sistema, cuando ha presumido que se otorgó la información necesaria.

Así las cosas, se colige que la decisión del A quo de ordenar la ineficacia del traslado se encuentra acorde con lo enseñado por la SL CSJ y en material probatorio aportado.

### **Devolución de los gastos de administración**

Frente a la orden proferida contra las AFP SKANDIA y PORVENIR de devolver los dineros cobrados por concepto de administración, comisiones y demás emolumentos, es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineffectuación del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual las Administradoras deberán transferir a COLPENSIONES todos conceptos que recibieron por concepto de gastos de administración y seguro previsional en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, ya que se está obligando a esa entidad (Colpensiones) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos de la actora no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de ella ni mucho menos de Colpensiones, y sí evita que exista una descapitalización del Sistema General de Pensiones, tal como se ha precisado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

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

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

En consecuencia, la orden a PORVENIR de trasladar a COLPENSIONES todos los rubros causados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los gastos de administración y el seguro previsional, éstos dos últimos que también fueron ordenados a SKANDIA son procedentes, sin que sea dable pretender aplicar las disposiciones del art. 7 del Dto. 3995 de 2008, como quiera que la orden de devolver estos dineros no se asemeja a las situaciones fácticas que regula esa norma.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

## COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de febrero de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las AFP SKANDIA, PORVENIR y de COLPENSINES. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho, para cada una de ellas.

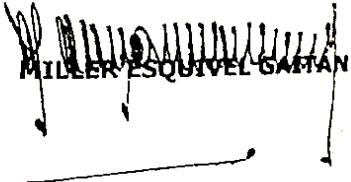
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE INGRID ESPERANZA CASAS SÁNCHEZ  
CONTRA CLÍNICA JOSÉ A. RIVAS S.A. Rad 2018 00540 01 Juz. 33**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**INGRID ESPERANZA CASAS SÁNCHEZ** demandó a la **CLÍNICA JOSÉ A. RIVAS S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 3 y 4 del expediente físico.

- Existencia de 2 contratos de trabajo, el primero a término fijo y el otro indefinido.
- Salarios.
- Indemnización moratoria del Art. 65 C.S.T.
- Vacaciones.
- Indemnización del Art. 64 C.S.T.
- Indexación.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folio 2 (demanda) y 36 a 39 (subsanación). Celebró un contrato a término fijo por 4 meses con la demandada entre el 10 de mayo al 10 de septiembre de 2016, para desempeñarse como Auxiliar de Servicios Generales en las instalaciones de dicha entidad ubicada en la Avenida Cra. 19 No.

100 - 28 de esta ciudad, con un salario mensual de \$690.000 más un auxilio de transporte de \$77.711, vinculación en la que solo se reconoció el equivalente a 20 días de trabajo (del 10 al 30 de mayo de 2016), por lo que se adeudan los demás emolumentos y su liquidación. El 11 de septiembre de 2016, las partes firmaron otro contrato de trabajo a término indefinido, el cargo, salario y sitio de trabajo no fueron modificados. Para marzo de 2018 el salario de la actora certificado por la demandada fue de \$781.300, por auxilio de transporte percibía \$88.211 y por auxilio de alimentación \$32.300. A partir de la segunda quincena de enero de 2018 la demandada dejó de pagarle las acreencias laborales, por lo que el 23 de abril de ese año decidió renunciar por la falta de pagos de sus acreencias laborales. Ha elevado diversas solicitudes con posterioridad a la renuncia a fin de lograr el reconocimiento de lo adeudadas de los dos contratos, sin embargo, la Clínica no ha cancelado las mencionadas sumas.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de esta ciudad el 8 de febrero de 2019 (Fl. 40), notificada la demandada y corrido el traslado, la accionada CLÍNICA JOSÉ A. RIVAS S.A. si bien aportó escrito de contestación en los términos del escrito visible a folios 60 a 74, en proveído del 8 de abril de 2021 (Fls. 104 y 105) se tuvo por no contestada la demanda porque la misma no fue subsanada en tiempo.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá el 4 de octubre de 2021 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que dispuso:

**"PRIMERO: DECLARAR LA EXISTENCIA DOS CONTRATOS DE TRABAJO entre INGRID ESPERANZA CASAS SÁNCHEZ y CLÍNICA JOSÉ A. RIVAS LTDA, desarrollado entre los siguientes periodos y bajo las siguientes modalidades:**

- 1. Un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, desarrollado desde el 10 de mayo de 2016 al 10 de septiembre de 2016, con un salario de \$690.000 M/cte.*

2. *Un contrato de trabajo a término indefinido, desarrollado desde el 11 de septiembre de 2016 al 23 de abril de 2018, con un salario de \$781.300 M/cte.*

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **CLÍNICA JOSÉ A. RIVAS LTDA**, a reconocer y pagar a favor de la señora **INGRID ESPERANZA CASAS SÁNCHEZ**, los siguientes conceptos:

1. **SALARIOS DE JUNIO, JULIO Y AGOSTO DE 2016: \$2'070.000 M/cte.**
2. **SALARIOS SEGUNDA QUINCENA ENERO, FEBRERO, MARZO, Y ABRIL 2018: \$2'552.246.67 M/cte.**
3. **VACACIONES DEL 2018: \$121.535.36 M/cte.**
4. **INDEMNIZACIÓN ART. 64: \$1'093.820 M/cte.**

**TERCERO: CONDENAR** a **CLÍNICA JOSÉ A. RIVAS LTDA**, a reconocer y pagar a favor de la señora **INGRID ESPERANZA CASAS SÁNCHEZ**, la indemnización moratoria contemplada en el Art. 65 del C.S.T., desde el 24/04/2018 al 18/01/2021, por la suma de \$26'043.333 M/cte, acorde a lo expuesto en parte considerativa de esta providencia.

**CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones planteadas por la parte demandada, en especial las de buena fe, prescripción e improcedencia de las indemnizaciones del Art. 64 y 65 del C.S.T. Acorde a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**QUINTO: COSTAS** de esta instancia a cargo de las demandadas. Se fijan como Agencias en Derecho la Suma de **TRES (3) SMLMV.**"

Llegó a esta determinación por cuanto no hubo discusión de la existencia de los contratos de trabajo ni de sus extremos, tal como lo denotan las documentales y el interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada. Respecto de los pagos que reclama la demandante indicó que, si bien se tuvo por no contestada la demanda, en el acervo probatorio que se allegó, no obro prueba que acreditará dichos pagos, pues si bien se trajo una copia de la liquidación del contrato no se demostró que la misma fuese cancelada, por lo que ordenó el pago de las sumas reclamadas por la demandante. Accedió a la indemnización del Art. 64 del C.S.T., porque con la carta de renuncia se probó que la motivación del finiquito contractual lo fue por el incumplimiento en el pago de salarios, aspecto que no fue desvirtuado, pues sobre el punto la demandada solo hizo alusión al hecho sobreviniente de que la Clínica estaba en proceso de recuperación empresarial y que la obligación laboral sería incluida en el acuerdo de pago, acuerdo de recuperación que inició en enero de 2019 esto es mucho antes de la vigencia del contrato de trabajo que se dio entre

los años 2016 y 2018. Sobre la indemnización moratoria del Art. 65 del C.S.T. reiteró que como el proceso de recuperación inició después de que las acreencias reclamadas se causaron, no existía justificación válida para haberse sustraído de sus obligaciones como empleador, por lo que, ordenó el pago de indemnización hasta el momento que inició el proceso de recuperación empresarial. Referente a la prescripción, adujo que los contratos no tenían solución de continuidad, y que cada uno de los reclamos elevados de ellas estaba inmerso en el término trienal que establecen las normas que regulan el asunto.

### **Recurso de Apelación**

**Parte Demandada:** Solicitó la revocatoria de la decisión por cuanto considera que no existe un actuar de mala fe por parte de la Clínica para que se mantenga la condena de la indemnización moratoria. Como fundamento de su defensa cita que la Ley 1116 de 2006 (Régimen de Insolvencia Empresarial) no acogió a las IPS, por lo que, antes de 2019 no existía norma que permitiera a una entidad de esta naturaleza acogerse a alguna medida de salvamento, reorganización o liquidación, por ello, una vez se creó la norma pertinente, la Clínica se acogió a la misma. De otra parte, alega que, de mantenerse una condena de esta naturaleza, llevaría a la IPS a su liquidación definitiva y los activos con los que cuenta no serían suficientes para cubrir las obligaciones que le correspondan, ya que las EPS que fueron liquidadas previamente (SaludCoop y Cafesalud) no cancelaron las acreencias que tenían pendientes, lo que contribuyó a la actual crisis económica de la Clínica. Reiteró que, la falta de pago se generó por falta de liquidez, como se demuestra con los estados financieros, por lo que no puede considerarse como una actuación de mala fe e hizo referencia a los principios generales del derecho, en especial al de la igualdad entre acreedores, por lo que, tanto activos como pasivos quedan dentro del proceso concursal, lo que no hacía posible el pago de las acreencias reclamadas por la demandante.

### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Hizo énfasis en que los valores reclamados datan del año 2016, por lo que considera que el argumento de encontrarse en una recuperación empresarial que inició en 2021 no es procedente, además, que la clínica no actuó de buena fe ya que tenía los suficientes ingresos para cancelarle los valores

adeudados que eran equivalentes al salario mínimo, pero, sin embargo, se abstuvo de hacerlo y asumió deudas más altas, desconociendo los derechos de la actora, por lo que pidió se confirme la decisión y se ordene el pago de la indemnización moratoria hasta que se acredite el pago de los salarios adeudados.

**Parte demandada:** Hizo mención a la medida de recuperación empresarial implementada por la entidad, refirió la falta de pagos por parte de EPS's ya liquidadas, que la medida de recuperación impide que se realice pago alguno de cualquier acreencia y reiteró los argumentos expuestos con los que busca la revocatoria de la condena a la indemnización moratoria del Art. 65 del C.S.T.

## CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si es procedente mantener la condena de la indemnización moratoria del Art. 65 del C.S.T. en cuanto a la declaratoria de la relación laboral, extremos temporales, cargos, salarios, y acreencias condenadas junto la indemnización Art. 64 C.S.T., al no existir inconformidad alguna por las partes La Sala se abstiene de pronunciarse al respecto.

### Indemnización moratoria

En síntesis, la apoderada de la demandada considera que dado el proceso de recuperación empresarial que atraviesa la Clínica José A. Rivas S.A. por parte de la Cámara de Comercio de Bogotá, la IPS entró en cesación de pagos, por lo que se le debe liberar de tal sanción, además, porque nunca desconoció los derechos y acreencias de la actora, los cuales no ha podido pagar por falta de liquidez, pues no cuenta con la capacidad de responder por dichos valores. Pues bien, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. incorpora como penalidad el pago de un salario diario por cada día de retardo por el no pago de los salarios y prestaciones, supuesto de hecho que admite valoración respecto del comportamiento del empleador en el desarrollo del contrato de trabajo, para establecer si actuó de buena fe. Así ha adoctrinado la jurisprudencia en cuanto a

que tales indemnizaciones no operan de manera automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal incumplimiento.

Como ya quedó establecido desde la primera instancia, se tiene que la actora trabajó para la demandada inicialmente por 4 meses mediante contrato a término fijo y, luego, por un año, 6 meses y 12 días a través de un contrato a término indefinido, que recibió órdenes, que de la primera relación laboral no se le cancelaron los salarios de junio, julio y agosto de 2016 y, en la segunda relación laboral, los correspondientes a la segunda quincena de enero y de manera completa los meses de febrero y marzo, así como los 23 días de abril del 2018, no se desconoció entre las partes la existencia de los contratos de trabajo y sus características además de haberse probado que a la finalización del contrato no se pagaron los salarios ya relacionados sin justificación alguno, conclusión a la que se llega al tener en cuenta el mismo recurso, pues si bien en el asunto no hubo una contestación de demanda para verificar esta información en el recurso solo se habla de que la empresa está en reorganización, razón por la cual, en este caso, La Sala encuentra viable confirmar la condena por la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST.

Resulta importante indicar a la Clínica que el argumento de la medida de recuperación empresarial a la que se acogió ante la Cámara de Comercio de Bogotá de conformidad con el Decreto Legislativo 560 de 2020<sup>1</sup> y el Decreto Reglamentario 842 de 2020<sup>2</sup>, no es suficiente para sustraerse de sus obligaciones como empleador, y mucho menos resguardarse en ellas cuando la recuperación data de una época posterior a la ocurrencia de sus omisiones como empleadora, recuérdese que la buena fe se predica respecto de la ejecución del contrato y la Clínica José A. Rivas se acogió a dicha recuperación empresarial un año y ocho meses después del finiquito contractual.

Ahora, si bien fue por su falta de liquidez que la recurrente tuvo que acogerse a dicho proceso, es de resaltar que las mencionadas consecuencias no pueden desde ningún punto de vista ser trasladadas a la trabajadora, además, conforme al inciso

---

<sup>1</sup> Por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica.

<sup>2</sup> Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 560 del 15 de abril de 2020, a fin de atender los efectos de la Emergencia Económica, Social y Ecológica en el sector empresarial.

quinto del Art. 9 del Decreto 560 de 2020<sup>3</sup>, el término máximo de duración del proceso de recuperación es de tres (3) meses, por ello, a la fecha de promulgación de la sentencia de primera instancia, dicho trámite ya debía haber culminado y el posible acuerdo de pago haber sido aprobado por el Juez Concursal, de lo cual no existe prueba alguna que demuestre que, por lo menos, dicha situación ya se cumplió y haya una posibilidad de pago para las acreencias de la trabajadora.

Ahora, respecto de la manera como se va a imponer esta sanción, La Sala hace énfasis en lo expuesto en el numeral 1º del art. 65 que dispone:

- 1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria ~~o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial~~, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.*

No obstante lo anterior, por ser la demandada el único apelante y, en virtud del principio no reformatio in pejus establecido en el Art. 31 de la Constitución Política de Colombia<sup>4</sup> y el Art. 328 del C.G.P.<sup>5</sup> aplicable por remisión expresa del Art. 145 del C.P.T.S.S., se mantendrá incólume la condena establecida en primera instancia.

Ahora bien, respecto del argumento de la demandada sobre que por falta de pago de algunas EPS (SaludCoop y Cafesalud) que se liquidaron en años anteriores su representada entró en estado de liquidez, es preciso indicar que, dicha situación tampoco puede perjudicar los derechos de la trabajadora y, si en algún caso, alguna de las EPS en mención o cualquier otra entidad le adeudaba a la clínica algún tipo de acreencia, la demandada estaba en la obligación de desplegar todas las acciones legales pertinentes a fin de obtener los pagos pendientes, pero, según se denota, tomó una actitud pasiva y no realizó las diligencias a cargo para tales fines, lo cual, generó un perjuicio directo a la actora, quien sufrió las consecuencias de una actuación ajena a su voluntad.

<sup>3</sup> El procedimiento tendrá una duración máxima de tres (3) meses, contados a partir de la comunicación de inicio y tendrá los efectos previstos en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, sin que proceda el levantamiento de medidas cautelares o autorizaciones allí previstas.

<sup>4</sup> El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

<sup>5</sup> El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

Respecto del principio de igualdad entre acreedores mencionado por la Clínica, por el cual indicó que no le es posible cancelar las acreencias reclamadas y desconocer los derechos de los demás acreedores, es importante mencionar que dentro del plenario no se evidencia ningún documento que soporte el inicio del proceso de recuperación empresarial, ni la prelación de créditos o acuerdo de pagos que se hubiere podido realizar y, en el que se pueda constatar que las obligaciones aquí solicitadas se encuentran reconocidas dentro del proceso de recuperación empresarial y están pendientes de pago, por lo tanto, tampoco se puede predicar que se haya actuado de buena fe solo por iniciar el proceso de recuperación sin que se encuentren los soportes que acrediten dichas afirmaciones. Así las cosas, colige la Sala que no se vulnera el principio de igualdad entre acreedores alegado, además de que la orden del juez se ocupó de reconocer y ordenar el pago de los derechos de la demandante que no se cancelaron oportunamente.

Bastan estas consideraciones para **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia.

### **COSTAS**

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la demandada **CLÍNICA JOSÉ A. RIVAS S.A.** Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000).

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida el cuatro (04) de octubre de dos mil veintiunos (2021) por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

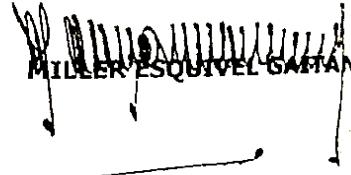
**SEGUNDO. – COSTAS.** Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la demandada **CLÍNICA JOSÉ A. RIVAS S.A.** Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000).

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ROSA EVELIA SAMANIEGO CHÁVEZ DE OVIEDO CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2018 – 00608 01. Juz. 11.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**ROSA EVELIA SAMANIEGO CHÁVEZ DE OVIEDO** demandó a la **AFP PORVENIR S.A.**, a **COLFONDOS S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 4.

- Nulidad de la afiliación al RAIS acaecida en diciembre de 1995 y de la afiliación horizontal en marzo de 2005.
- Traslado de aportes.
- Ordenar a COLPENSIONES recibirla en el RPM sin solución de continuidad.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 8. Nació el 16 de septiembre de 1960, laboró en diferentes entidades del sector salud entre el 21 de febrero de 1992 y el 31 de diciembre de 1995, fechas en las cuales cotizó para pensión en la Caja de

Previsión Distrital, Caja de Previsión Social FONCEP y CAJANAL, en las cuales acumuló 145 semanas. En el mes de diciembre de 1995 asesores de PORVENIR se acercaron a su lugar de trabajo a fin de presentar el nuevo régimen pensional, en ese momento le manifestaron que podía pensionarse en cualquier momento y con mejores condiciones que el régimen público, además, que no había diferencia entre un fondo y otro, sin embargo, no le manifestaron las posibles consecuencias de dicho traslado, así como tampoco le explicaron el funcionamiento del fondo privado. En el mes de marzo del 2005, se trasladó a la AFP COLFONDOS, la cual tampoco la informó adecuadamente, y en la que le manifestaron que no le convenía estar en el RPM. En el año 2008 intentó trasladarse al extinto ISS, sin embargo, la solicitud fue rechazada en razón a su edad, no obstante, en 2016 elevó nuevamente petición ante COLPENSIONES, quien rechazó la solicitud por cuanto no era beneficiaria del régimen de transición, petición reiterada el 18 de julio de 2018, en la cual, se obtuvo la misma respuesta negativa. En simulación pensional realizada por COLFONDOS el 19 de septiembre de 2018 se indicó que al momento de que cumpliera 58 años su mesada sería de \$1.390.000 y, luego de realizada una simulación pensional conforme a las reglas establecidas por la Ley 797/2003 su mesada obtenida a la edad de 57 años equivaldría a \$4.373.041. En el RAIS ha cotizado 1.147 semanas, por lo que, sumadas a las cotizadas previamente, arroja un total de 1.289,17 semanas a corte del 11 de julio de 2018.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 24 de enero de 2019 (Fl. 136) y corrido el respectivo traslado, las llamadas a juicio contestaron como se muestra a continuación:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** en los términos del escrito visible a folios 199 a 232 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la actora, la solicitud elevada ante el extinto ISS en 2016, la sentencia de tutela donde le fue negado el traslado de régimen, la solicitud presentada el 18 de julio de 2018 ante la entidad pública y su consecuente respuesta negativa.

- Formuló como excepciones de mérito; descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** en los términos del escrito visto a folios 161 a 168 del expediente.

- Se opuso a la mayoría de pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; las semanas cotizadas en el RAIS, la sentencia de tutela que negó el traslado, el derecho de petición radicado ante el fondo privado y la consecuente respuesta negativa y el valor de la mesada pensional en la simulación pensional.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación a COLFONDOS, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y genérica.

Mediante proveído del 2 de marzo de 2020 (Fls. 241 y 242) el Juzgado tuvo por contestada la demanda por parte de COLFONDOS y COLPENSIONES, así mismo, designó curador AD-LITEM para la **AFP PORVENIR S.A.**, así como ordenó la elaboración del edicto emplazatorio, sin embargo, el apoderado de dicha AFP se notificó y contestó en los términos del escrito visible a folios 281 a 294 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Mediante auto del primero de julio de 2021 el A quo tuvo por contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A. (Fls. 361 a 364).

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 6 de septiembre de 2021 mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

**"PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación celebrada por la ciudadana ROSA EVELIA SAMANIEGO CHÁVEZ DE OVIEDO a la ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., suscrita en diciembre de 1995, así mismo, respecto de la realizada de la AFP COLFONDOS S.A. el 20 de enero del año 2005, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO: DECLARAR** que, para todos los efectos legales, la ciudadana ROSA ELVIA SAMANIEGO CHÁVEZ, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo tanto siempre permaneció en régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

**TERCERO: CONDENAR** a la AFP COLFONDOS, sociedad con la cual, la actora mantiene en la actualidad vigente su afiliación trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante SAMANIEGO CHÁVEZ, tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales con intereses que se hubieren causado en términos del artículo 1746 del Código Civil, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

**CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES admitir el traslado de la ciudadana SAMANIEGO CHÁVEZ con sus aportes en los términos que se expuso previa en el numeral anterior, al régimen de prima media con prestación definida y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva del presente proveído.

**QUINTO: DECLARAR** no probados los hechos sustentos de las excepciones propuestas por las tres entidades que componen la pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEXTO: CONDENAR** en costas a dos entidades que componen la pasiva, a saber, **PORVENIR** y **COLFONDOS**, liquídense por secretaría, inclúyase en ellas la suma de \$1'000.000, a razón de \$500.000 por cada una de las entidades condenadas en costas por el valor en que se estima las agencias en derecho y de conformidad con la normatividad expuesta en la parte motiva de este proveído.

**SÉPTIMO: CONSULTAR** esta providencia a favor de la demandada **COLPENSIONES**, ante la sala de decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en caso de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal y de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.”

Llegó a esta determinación por cuanto en aplicación del precedente jurisprudencial de la SL CSJ la AFP **PORVENIR** no acreditó que haya cumplido con el deber de información que le asistía al momento del traslado de régimen, dado que simplemente se allegó el formulario de afiliación para acreditar el cumplimiento del mencionado deber, además, que de las preguntas que le fueron efectuadas a Samaniego de Oviedo, no se obtuvo confesión, a pesar que dos de sus respuestas fueron contradictorias entre sí, tampoco vislumbra ello que realmente haya sido informada por el fondo privado. Respecto del traslado horizontal realizado con **COLFONDOS**, indicó que tampoco demostró que haya informado debidamente a la demandante, por lo que ambas entidades incumplieron el deber de información y la carga probatoria que les asistía en el proceso. Sobre la sentencia de la Sala de Descongestión Laboral de la CSJ que habla de los actos de relacionamiento, expresó que por virtud de la Ley la Sala de Descongestión Laboral no puede ir en contravía de lo que ha expresado las salas permanentes, por ende, se apartó de dicha tesis. En atención a las excepciones formuladas por las demandadas, en especial la de prescripción, indicó que como lo que se está discutiendo hace parte del derecho a la seguridad social, dicho derecho es imprescriptible y por las resultas del proceso condenó en costas a **PORVENIR** y **COLFONDOS** y concedió el Grado Jurisdiccional de Consulta en caso de que no fuera apelada la decisión por parte de **COLPENSIONES**.

### **Recurso de apelación**

**COLPENSIONES:** Solicitó la revocatoria de la decisión en el sentido de que al momento de solicitar la actora su retorno al RPM ya tenía 58 años, lo que le impedía su regreso al fondo público, además, que el traslado de régimen fue válido conforme a las normas vigentes para la época de los hechos, que Samaniego de Oviedo no demostró la presunta falta al deber de información que alega ni tampoco la ocurrencia de vicios del consentimiento. Hizo mención a la sentencia SL 1061 de 2021 con la cual indicó que en el caso se demuestra que existieron actos de relacionamiento que convalidan la voluntad de la actora de permanecer en el RAIS, situación que se corrobora con las respuestas dadas por la demandante en las que indicó que recibió extractos e información por parte del fondo al que estaba afiliada.

Mencionó la afectación al principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones que ocurre en este tipo de casos y solicitó subsidiariamente en caso de confirmación de la decisión que se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte del fondo público hasta tanto no se haga el traslado efectivo de todos los aportes, rendimientos y cuotas de administración por parte del fondo privado.

**COLFONDOS:** Indicó que no procede la devolución de los gastos de administración y gastos adicionales de la aseguradora, por cuanto la entidad no fue a la que se trasladó de régimen la actora, ya que el traslado inicial fue con PORVENIR, quienes remitieron a COLFONDOS solamente los aportes y rendimientos de la actora, por lo que, a la luz del Art. 1746 del C. Civil no deben devolverse dichas sumas.

**PORVENIR:** Pidió la revocatoria de la decisión por cuanto el traslado de régimen fue válido conforme a las normas existentes para la época, no se requería ningún otro soporte escrito más allá del formulario de afiliación, por lo que declararse la ineficacia a normas y pronunciamientos jurisprudenciales posteriores no es viable. Indicó que en el interrogatorio de parte se evidenciaron varias irregularidades, porque dijo que no se había colocado fecha de diligenciamiento en el formulario cuando dicha fecha sí quedó registrada, además, que no se le brindó información sobre beneficiarios cuando si se le brindó dicha información y en el formulario quedaron registrados sus beneficiarios, además, ella misma aseguró que recibió 4 asesorías con el asesor de PORVENIR, en las cuales tuvo la oportunidad de hacer preguntas. Hizo mención del pronunciamiento jurisprudencial (SL 1061 de 2021) en

el cual se indican los actos de relacionamiento, los cuales ocurrieron en este caso y por ello, no debían prosperar las pretensiones.

### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** En resumen, indicó que los fondos privados no demostraron haber cumplido con el deber de información que les asistía conforme a las normas existentes, por lo cual, el traslado es ineficaz y debe confirmarse la decisión de primera instancia.

### **Parte demandada.**

**COLPENSIONES:** Reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso.

**PORVENIR:** Reiteró los argumentos explicados en la alzada.

**COLFONDOS:** Guardó silencio.

## **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen en concordancia con las pruebas allegadas y la orden de devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración emitida contra COLFONDOS.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 18 de julio de 2018 (Fls. 49 a 54) en la que solicitó la nulidad del traslado al RAIS y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública (Fls. 55 y 56), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

## **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 24 de noviembre de 1995, cuando solicitó su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., conforme se denota del formulario de afiliación visto a folio 319 y el reporte SIAFP a folio 169, y, posteriormente, se afilió a la AFP COLFONDOS S.A., conforme de se denota del formulario visto a folios 57 y 184, información corroborada con el reporte SIAFP antes mencionado, afiliación que se encuentra vigente.

## **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP PORVENIR S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 24 de noviembre de 1995, diligenció una solicitud de vinculación a PORVENIR S.A. (Formulario visible a folio 319) con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores*

norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario pre establecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021<sup>3</sup>, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual

---

públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

<sup>3</sup> "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>4</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Respecto del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, el cual fue controvertido por el representante de PORVENIR al contener respuestas "contradicторias" y aceptaciones de que estuvo debidamente informada, la Sala se permite su estudio.

La demandante, al ser interrogada por el apoderado de Porvenir indicó que ingresó a laborar al Hospital PABLO VI de Bosa en 1994, en 1995 cuando trabajaba en el área de consulta externa a su consultorio en varias ocasiones llegó un asesor de PORVENIR y le dijo que se afiliara al fondo privado, también le manifestó algo sobre las semanas cotizadas, específicamente que debía cotizar menos semanas que en el RPM, **de tanta insistencia (dijo que el asesor fue como unas 4 veces) la convenció de que firmara un documento el cual “no se le diligenció fecha” y que, además, no estaba en capacidad de afiliarse a la AFP por no cumplir todavía con los requisitos para acceder al bono pensional**, también le dijo el asesor que tendría mejores beneficios que en el ISS y que por ser nueva en el hospital le convenía afiliarse a Porvenir, **al ser confrontada respecto a la respuesta de que el formulario no tenía fecha, se ratificó en ella y dijo que el mismo asesor le indicó que era mejor no ponerle fecha al mencionado formulario por no haber cumplido todavía los tres años (150 semanas)**

---

<sup>4</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

**para acceder al bono pensional, sin embargo, quedó afiliada en diciembre de 1995 cuando todavía no había cumplido el requisito para acceder al mencionado bono, el cual era requisito para poderse trasladar conforme le manifestó el asesor.** Dijo que no fue informada respecto a beneficiarios en el fondo privado ni ninguna otra característica, que esa información ella la conoció por averiguaciones en internet y, **como en ningún momento le habló de los beneficiarios, ella no brindó nombre alguno para que fuera incluido allí, el apoderado le dijo que por qué figuraban allí dos nombres y manifestó que no recuerda como fue el diligenciamiento sobre los beneficiarios, respuesta reiterada con posterioridad al ser interrogada por las respuestas contradictorias.** No recuerda que le hayan hablado de aportes voluntarios, tampoco de los rendimientos que obtendrían sus aportes, **dijo sentirse engañada porque el asesor no le brindó datos que considera importantes, además que la poca información que le dio no era del todo cierta, que en las 4 ocasiones que el asesor fue siempre le preguntó que si realmente tendría los mismos beneficios que en el ISS y el asesor siempre le dijo que sí, se sintió coaccionada al momento de firmar el formulario,** quiere trasladarse a Colpensiones porque se sintió engañada y porque estar en el fondo privado le genera un inconveniente en el valor de su mesada pensional al ser muy inferior que el que puede obtener en el RPM. Al ser interrogada por la apoderada de COLFONDOS indicó que la afiliación a dicho fondo se dio porque no le tenía confianza a PORVENIR y como había hecho una solicitud de traslado al ISS en 1996 y se la habían rechazado decidió trasladarse a COLFONDOS, luego dijo que había presentado una solicitud en el hospital y que creyó que con eso entendía que se afiliaba al ISS pero que nunca le dieron respuesta y posteriormente en 2008 pidió nuevamente el traslado al ISS y le fue rechazado por razón de la edad, no elevó reclamación ante Colfondos sino que inició el proceso por cuanto considera que dicha entidad también le omitió información al no llamarla antes de entrar en la prohibición de los 10 años. Al ser consultada por la apoderada de COLPENSIONES dijo que se ha informado por su cuenta del funcionamiento de los regímenes pensionales por internet y no conoce respecto de los derechos de los consumidores financieros. (Subrayado por la Sala).

De lo anterior y conforme a las respuestas dadas por la demandante, contrario a como lo quiere hacer PORVENIR, la demandante realmente no conocía todas las características del RAIS, ni las condiciones para acceder a una pensión de mejor

valor y a una edad más temprana que en el RPM, y si bien, en algunas respuestas se contradice, como por ejemplo cuando habló de los beneficiarios, de ninguna manera esta situación puede entenderse como que realmente si conocía la información o, dar a entender que está faltando a la verdad, además, respecto a lo dicho por el apoderado del fondo privado en cuanto que 4 veces tuvo asesorías por parte del asesor y que no realizó preguntas, ese argumento no cuenta con vocación de prosperidad por la respuesta dada por Samaniego de Oviedo, ya que indicó que las 4 veces que fue siempre le dijo que conservaría los mismos beneficios que en el RPM, que le convenía más afiliarse a PORVENIR por ser nueva en el hospital y en su criterio, a presionarla para que se afiliara, lo cual finalmente ocurrió y en cuanto la interrogaron sobre si había hecho preguntas, ella afirmó que si y que fue insistente en decirle que si conservaría sus beneficios como en el RPM, a lo cual el asesor siempre dijo que si, a pesar de que, dicha situación no era verdad, por tanto, a juicio de la Sala las respuestas dadas por la demandante no constituyen confesión a favor de PORVENIR ni desvirtúan la tesis de la falta al deber de información.

Nada de lo anterior demostró PORVENIR S.A., ya que se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, sin embargo, no demostró que le haya brindado la información clara, oportuna y suficiente respecto de las condiciones particulares del RAIS, por lo que incumplió el deber que le asiste al fondo de pensiones de instruir adecuadamente a sus potenciales afiliados. Una vez verificada la declaración rendida por la actora y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que PORVENIR S.A. no demostró que le expuso a la demandante un panorama de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuento necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, además, el fondo privado era a quien le asistía la carga de asesorar a la afiliada. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS, mucho menos, por el traslado horizontal realizado en el año 2005 a COLFONDOS, ya que, como lo ha rememorado la Sala Permanente Laboral de la CSJ, dichos actos no convalidan o sanean la falta al deber que le asistía al fondo privado al momento del traslado inicial, por lo tanto, es menester precisar que la tesis de los actos de relacionamiento

citada tanto por PORVENIR como por COLPENSIONES no cuenta con vocación de prosperidad, además, por ser dictada por la Sala de Descongestión Laboral, sala que no contaba con la facultad de dictar jurisprudencia.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón<sup>5</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la actora es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley 797/2003 no autoriza su traslado, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

*"Para que proceda la ineffectuacíon del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".*

---

<sup>5</sup> "Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

### **Devolución de los gastos de administración y cuotas de seguro previsional.**

Respecto a la apelación de COLFONDOS S.A., es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*", en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba trasferir por parte de la AFP a Colpensiones TODOS los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración, realizando la claridad que, si bien los fondos de pensiones privados se rigen como las entidades financieras, no es menos cierto que el dinero que aquí están administrando no les pertenece a ellos, sino al afiliado, el cual, lo deposita en la cuenta de dicho fondo con el único objetivo de solventar en el futuro su beneficio pensional, el cual se encuentra enmarcado dentro del derecho a la seguridad social y que, es irrenunciable, innegociable e imprescriptible.

Ahora bien, es menester recordar que el retorno de dichas sumas es una consecuencia propia de la declaratoria de ineficacia, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, sin que sea argumento válido que dichos descuentos se realizan por disposición legal y por ello no procede su devolución, así como tampoco se genera un desequilibrio o descapitalización del Sistema General de Pensiones porque, precisamente al ordenar la devolución de todas las sumas que constituyen la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros y sumas descontadas, se garantiza que la prestación que posiblemente se le reconozca a SAMANIEGO CHÁVEZ DE OVIEDO en el RPM se encuentre totalmente cubierta con dichos valores, así como tampoco se constituye un enriquecimiento sin causa a favor del fondo público. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema

de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

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

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Ahora bien, es menester indicar que si bien COLFONDOS no fue la AFP que incurrió en la falta al deber de información por el cual se declaró la ineeficacia del traslado, no es menos cierto que estaba en la facultad de corroborar la información recibida por la actora antes de aceptarla como su afiliada, situación que tampoco se encontró demostrada en el proceso y, al ser el fondo actual de la demandante, es quien debe asumir la orden dictada por el A quo, sin que ello no implique, que pueda iniciar las acciones legales pertinentes en contra de la AFP que faltó a sus deberes, es decir, PORVENIR.

## COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR, COLFONDOS** y **COLPENSIONES**. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el seis (6) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. – COSTAS.** Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR, COLFONDOS** y **COLPENSIONES**. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

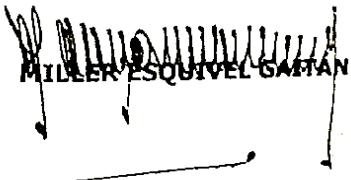
## NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA CONSTANZA CUBILLOS RODRÍGUEZ contra COLPENSIONES, AFP SKANDIA, AFP COLFONDOS Y AFP PORVENIR. Rad. 2018 00665 01 Juz 09.**

En Bogotá D.C., a los nueve (31) días de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

MARÍA CONSTANZA CUBILLOS RODRÍGUEZ demandó a las AFP PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente fl 58 a 80.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Reactivar a la demandante en el RPM.
- Costas.
- facultades ultra y extra petita

Los hechos de la demanda se describen en el expediente a fl 58 a 60. Efectuó cotizaciones en el ISS desde el 21 de febrero de 1986 hasta febrero de 1997. Se trasladó a PORVENIR sin ninguna asesoría, con radicado 2018 13459308 del 24 de octubre de 2018 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, el que fue resuelto en mismo día de forma negativa. En la actualidad esta vinculada con COLFONDOS.

**Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en el expediente Fl 163 a 176.**

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó; fecha de vinculación de la demandante, la solicitud de vinculación y la respuesta emitida por Colpensiones.
- Formuló como excepciones de mérito; imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios de consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el RPM, prescripción, buena fe, compensación y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible en el expediente Fl 105 a 116.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de trato sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado con la demandante el formulario de afiliación, debida asesoría del fondo y la genérica.

**COLFONDOS** contestó en los términos del escrito visible en el expediente Fl 140 a 153.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos solo aceptó su vinculación a esa AFP.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicio del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, buena fe y la innominada.

En el curso del proceso se vinculó a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A. mediante auto de fecha 29 de agosto de 2019 (fl 177), la cual realizó su respectiva contestación en los términos del escrito visible en el expediente Fl. 192 a 198.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos no aceptó ninguno.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, pago, buena fe y genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar válidamente afiliada a MARIA CONSTANZA CUBILLOS RODRÍGUEZ al RPM y condenó a COLFONDOS, PORVENIR Y SKANDIA al traslado de todos los valores que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la actora, así como también los gastos de administración descontados durante la vigencia de la afiliación al RAIS debidamente indexados, traslado que se efectuó a

la SKANDIA S.A., de fecha 1 de mayo de 1997. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no cumplió con su carga probatoria, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

### **Recurso de apelación**

**COLPENSIONES:** Considera que no existen elementos que evidencien vicios del vicios del consentimiento o dolo, en el presente caso no había un expectativa legítima como quiera que a la hora del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión, tampoco es beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo expone la sentencia SU 130 del 2013, por lo que la actora deberá someterse a los mandatos del régimen en que se encuentra afiliada. Indica que no es de recibo la inconformidad en la cuantía de la mesada y que para el año del traslado los fondos cumplieron con la información que se requería en el momento.

**SKANDIA:** Pidió se revoque la ordene de devolver los gastos de administración descontados conforme lo ordena el artículo 20 de la ley 100 de 1993. Señala que a la actora se le garantizó una rentabilidad, que la comisión no es del afiliado y que la AFP ha actuado de buena fe. Considera que la decisión de la Juez va en contra de los principios de confianza legítima y debido proceso, además de que de mantenerse la misma se estaría constituyendo un pago indebido y un enriquecimiento injusto a cargo de COLPENSIONES.

**PORVENIR:** También apela la condena de devolución de los gastos de administración, la cual desborda el ordenamiento jurídico. Critica la aplicación automática de la jurisprudencia de la Corte pues aduce que la juez no se detuvo en hacer un análisis respecto de las pruebas y los efectos de las normas en las que apoya sus órdenes, reprocha de la sentencia que en la misma se hace alusión al tema de las restituciones mutuas, pero al tiempo las aplica de forma unilateral. Dijo que conforme el art. 1748 del CC la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria, pero de esto no se habló nada. Dice que la motiva y la resolutiva son contradictorias, no hay norma que obligue la devolución de ejercicios financieros pese a que el art. 1746 del CC se refiere a las restituciones mutuas. También alega que aplicar las normas civiles de forma incompleta atenta contra el principio de las inescindibilidad. La entidad siempre ha actuado de buena fe, además indica que los gastos de administración al no ser recursos que financien la pensión, éstos también son prescriptibles.

### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Solicitó se confirme la decisión por cuanto se demostró la falta al deber de información al momento del traslado de régimen, así como tampoco se cumplió con las reglas y criterios establecidos jurisprudencialmente por la SL CSJ.

### **Parte demandada:**

- **COLPENSIONES:** Reiteró los argumentos expuestos en la alzada e indicó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003.
- **AFP COLFONDOS:** Guardó silencio.
- **AFP PORVENIR:** Hace referencia a la validez del traslado, sin embargo, dicha situación no fue apelada en su oportunidad y reiteró los reparos expuestos en la alzada respecto a la condena a devolución de gastos de administración.
- **SKANDIA:** Guardó silencio.

## **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineffectuacía del traslado de régimen y las consecuencias apeladas.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la respuesta dada el 24 octubre de 2018 (fl 5), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde 31 de marzo de 1997 cuando se afilió a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., tal como se verifica de la consulta SIAF del folio 97.

### **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 31 de marzo de 1997 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP OLD MUTUAL S.A. (fl 97), con la cual cumpliría los requisitos

que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.** *La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>2</sup> *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP que asumió la afiliación que hizo la demandante, pues no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL

---

<sup>3</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante cuenta con determinado número de semanas aportadas al sistema, contaba con el beneficio de la transición, contara con determinada edad o en su haber existiera algún derecho adquirido (SL2229-2022<sup>4</sup>), pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: “*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*”, y es que estos aspectos en nada inciden en el análisis del deber de información a cargo de las administradoras quienes desde su creación debían brindar la asesoría y buen consejo a los afiliados del sistema para que ellos adoptaran una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

### **Devolución de los gastos de administración**

Esta condena fue objetada tanto por Skandia como por Porvenir, y sobre este punto se ha de indicar a las dos, que la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía la actora en su cuenta de ahorro individual y los gastos de administración, conforme la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, “*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*”, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de las AFP a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Y es que son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones (tercero ajeno al acto de afiliación) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se

---

<sup>4</sup> *Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones -la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado.*

garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020<sup>5</sup>) y se evita un enriquecimiento sin justa causa.

En relación con la prescriptibilidad de los gastos de administración, La Sala advierte que no acoge los argumentos expuestos, toda vez que estos se deducen de los aportes efectuados por el afiliado, y son destinados a la administración de los recursos; de ahí que se espera recibir como contraprestación el pago de una suma adicional, para que así se pueda financiar la pensión. Contrario a lo afirmado por la administradora de pensiones, los gastos de administración no pueden someterse a la prescripción de las acciones laborales, ya que haría nugatorio el derecho pensional que es de carácter imprescriptible.

### **Aplicación del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia**

Porvenir en su recurso alega que la juez hizo una aplicación automática de la jurisprudencia sin atender el caso concreto, olvidando la AFP que todo esto radica precisamente en su descuido al asesorar en debida forma a la afiliada demandante, además deja de lado lo enseñado frente a la aplicación del precedente judicial, respecto del cual es oportuno recordar que conforme lo dicho por la Corte Constitucional si observancia es obligatoria, tanto horizontal como verticalmente y debe ser tenido en cuenta en la resolución de casos semejantes, dado que garantiza la consonancia de las decisiones judiciales, la seguridad y coherencia del sistema jurídico, la efectividad del principio de igualdad y control de la actividad judicial.

De esta forma, la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001<sup>6</sup>, dispuso;

*"La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. [...] si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley"*

<sup>5</sup>. El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

<sup>6</sup>. Esta función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Por tal motivo, la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. De ahí se derivan la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado y el sentido de la expresión "probable" que la norma acuña a la doctrina jurisprudencial a partir de la expedición de la Ley 169 de 1896. La palabra probable, que hace alusión a un determinado nivel de certeza empírica respecto de la doctrina, no implica una anulación del sentido normativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

En tal medida, la fuerza vinculante de la jurisprudencia, también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora en algunos casos puede derivar en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida. En consecuencia, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia en relación a la nulidad de traslado de régimen pensional es ampliamente acogida por esta Sala.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la **confirmación** de la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

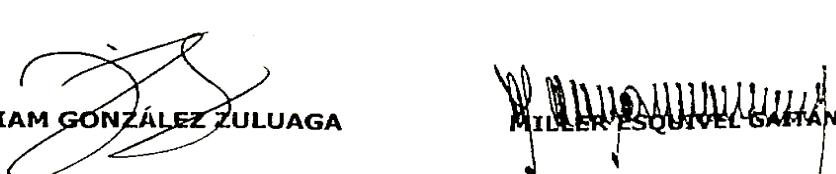
**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el día 07 de julio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO. - COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

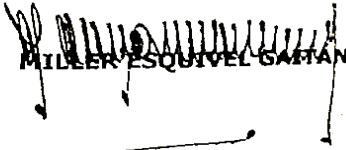
### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER EQUÍVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA ELENA BENÍTEZ LONDOÑO  
CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. Y ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2019 – 00148 01.  
Juz. 10.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**MARÍA ELENA BENÍTEZ LONDOÑO** demandó a la **AFP PORVENIR S.A.**, a la **AFP SKANDIA S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 35 y 36 del archivo PDF que se encuentra en la carpeta 15 del expediente digital.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes e información de las planillas de autoliquidación de aportes.
- Anulación del registro de traslado al RAIS.
- Recibirla en el RPM y actualizar su historia laboral.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 36 y 37 del archivo PDF que se encuentra en la carpeta 15 del expediente digital. Se afilió al ISS el 1 de enero de 1997, luego, suscribió formulario con la AFP PORVENIR S.A. el 1 de septiembre de 2002, sin embargo, dicha afiliación no estuvo precedida de información suficiente, relevante, clara y oportuna que le permitiera conocer todas las características del RAIS, su funcionamiento y las condiciones para obtener la pensión. Con posterioridad, se afilió a OLD MUTUAL hoy SKANDIA, quien le realizó una proyección pensional y le indicó que obtendría una mesada de \$2'280.305 a los 60 años, pero, que no obtendría aun las semanas requeridas para obtener la prestación, sin embargo, tuvo en cuenta solo 179 semanas cotizadas en el RPM y no 289,20 semanas que fueron las realmente cotizadas. Por medio de una firma privada le

realizaron una proyección pensional conforme las reglas del RPM, la cual arrojó una mesada de \$7'144.854 e indicó que a los 60 años cumpliría la densidad de semanas necesarias para pensionarse.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 11 de junio de 2019 (Fls. 42 y 43) y corrido el respectivo traslado, las llamadas a juicio contestaron como se muestra a continuación:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** en los términos del escrito visible a folios 52 a 55 del archivo PDF que se encuentra en la carpeta 15 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación y las semanas cotizadas al ISS.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y declaratoria de otras excepciones.

La **AFP SKANDIA S.A.** en los términos del escrito visto a folios 69 a 73 del archivo PDF que se encuentra en la carpeta 15 del expediente digital.

- Se opuso a la mayoría de pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la vinculación con la AFP, el valor de la mesada pensional a los 60 años y la información brindada por la AFP de que a los 60 años no completaría la densidad de semanas requerida para obtener su beneficio pensional.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

Mediante proveído del 26 de septiembre de 2019 (Fls. 97 y 98) el Juzgado designó curador AD-LITEM para la AFP PORVENIR S.A., así como ordenó la elaboración del edicto emplazatorio y una vez notificado en debida forma, contestó como se relaciona a continuación.

**La AFP PORVENIR S.A.**, a través de CURADOR AD-LITEM, dio respuesta visible a folios 102 a 104 del archivo PDF que se encuentra en la carpeta 15 del expediente digital.

- No manifestó oposición respecto a las pretensiones, se atuvo a lo que se encuentre probado.
- En cuanto a los hechos no aceptó ninguno.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción y genérica.

No obstante, la contestación del curador, mediante apoderado judicial la **AFP PORVENIR S.A.** contestó demanda como consta en los folios 105 a 117 del archivo PDF que se encuentra en la carpeta 15 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Mediante auto del 14 de julio de 2021 la A quo tuvo por contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A. (Archivo 06 Exp. Digital).

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 19 de enero de 2022 mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

**"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la demandante señora MARÍA ELENA BENÍTEZ LONDOÑO a la sociedad ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante la suscripción de afiliación realizada el 11/07/2002, y por ende de igual forma declarar su consecuente afiliación al fondo OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 26/03/2009, en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.**

**SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir y restablecer afiliación de la demandante señora MARÍA ELENA BENÍTEZ LONDOÑO al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.**

**TERCERO: CONDENAR a AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a que debe realizar la devolución de las sumas de dinero que se encuentra en la cuenta individual de la demandante MARÍA ELENA BENÍTEZ LONDOÑO, correspondiente a cotizaciones, rendimientos y frutos como lo establece el artículo 1746 del C.C., con destino al RPM administrado por Colpensiones y deberá de igual manera la devolución de los gastos y cuota de manejo de administración que se hubieran realizado al demandante, este devolución debe hacerse debidamente indexada, deberá hacerse la devolución de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia acompañado de los**

*documentos que permita a Colpensiones establecer que efectivamente se hacen en los términos de esta sentencia.*

**CUARTO: CONDENAR** a AFP PORVENIR S.A. hacer la devolución de los gastos y cuotas de administración descontados debidamente indexados que le fueron descontados durante su afiliación a la AFP PORVENIR S.A. dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia acompañando la información con destino a Colpensiones de cuáles fueron las sumas descontadas por este concepto para que pueda establecerse que se hace debidamente indexados.

**QUINTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a que una vez reciba proveniente de los fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A. las sumas de dinero ordenadas en esta sentencia deben hacerse la revisión de que son las sumas de dinero ordenadas en esta sentencia y debe imputar en la historia laboral de la demandante señora MARÍA ELENA BENÍTEZ LONDOÑO para efectos pensionales las sumas cotizadas durante su vinculación al RAIS que se ha declarado ineficaz, de conformidad a la parte motiva.

**SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

**SÉPTIMO: CONDENAR** en costas de esta instancia a AFP PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas la suma de \$900.000, SKANDIA S.A., Colpensiones por concepto de Agencias en Derecho la suma de \$200.000.

**OCTAVO:** De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

Llegó a esta determinación por cuanto PORVENIR no acreditó que haya cumplido con el deber de información conforme las reglas fijadas por la jurisprudencia de la SL CSJ y, dado que simplemente se allegó el formulario de afiliación para acreditar el cumplimiento del mencionado deber no se puede entender que solo con la firma de dicho documento se crea que la demandante conocía todas las características del RAIS. Respecto de los actos de relacionamiento, indicó que los mismos no son línea jurisprudencial de las salas permanentes de la CSJ sino pronunciamientos de la Sala de Descongestión y por cuanto la línea jurisprudencial de la sala permanente habla del deber de información al momento del traslado, cualquier otra actuación no convalida dicha falta al deber en cabeza de la AFP. Sobre el interrogatorio de la actora, adujo que no se desprende confesión alguna que sostenga la teoría de las demandadas, por ello, procedió la declaratoria de ineficacia.

### **Recurso de apelación**

**COLPENSIONES:** Solicitó la revocatoria parcial de la decisión en el sentido de revocar la condena en costas impuesta por el fondo público, en razón a que, actuó conforme a la Ley por cuanto la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, lo que impedía que se pudiera aceptar como afiliada al RPM a la actora.

**SKANDIA:** Indicó que no procede la devolución de los gastos de administración y la indexación de dichas sumas, por cuanto son valores dispuestos por orden legal, no son sumas que se originen a fin de solventar la prestación de vejez de la actora y generaron unos rendimientos de los cuales también va a disfrutar la demandante, sobre la indexación explicó que no procede por existir los rendimientos financieros de las cotizaciones de BENÍTEZ LONDOÑO, lo que ha garantizado la rentabilidad de dichas sumas, las cuales no se han visto afectadas por el fenómeno de la inflación.

**PORVENIR:** Solicitó la revocatoria parcial de la decisión, en el sentido de que no se ordene la devolución de los gastos de administración, sostuvo que son descuentos originados por disposición legal, los cuales ya no reposan en las arcas del fondo y, son consecuencia de la buena gestión de los aportes realizada por la entidad, por tanto, no debe ordenarse la devolución de los mismos.

### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Indicó que debe confirmarse la decisión porque la AFP no acreditó su deber de información al momento del traslado, por lo tanto y a la luz de los criterios jurisprudenciales procede la declaratoria de ineeficacia.

### **Parte demandada.**

**COLPENSIONES:** Indicó que no procede la declaratoria de ineeficacia porque se cumplieron con todas las normas vigentes para la época (situación que no fue objeto de recurso por parte de la AFP) y reiteró que Benítez Londoño se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003.

**PORVENIR:** Indicó que no procede la declaratoria de ineeficacia porque se cumplieron con todas las normas vigentes para la época (situación que no fue objeto de recurso por parte de la AFP) y respecto a los gastos de administración dijo que no procede su devolución al ser descontados por disposición legal.

**SKANDIA:** Guardó silencio.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La

*sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*”, el cual se limita a establecer si resulta procedente la orden de devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración de manera indexada emitida contra PORVENIR y SKANDIA y la condena en costas proferida en contra de COLPENSIONES.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 3 de septiembre de 2018 (Fl. 15) en la que solicitó la nulidad del traslado al RAIS y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública (Fls. 16 y 17), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 11 de julio de 2002, cuando solicitó su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., conforme se denota del formulario de afiliación visto a folio 126 del archivo PDF del archivo PDF que se encuentra en la carpeta 15 del expediente digital y, posteriormente, se afilió a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., conforme de se denota del formulario visto a folio 5 del mencionado archivo PDF, afiliación que se encuentra vigente.

### **Validez del traslado de régimen**

Por cuanto la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen por la falta al deber de información no fue apelada por ninguna de las partes, la Sala se abstiene de emitir pronunciamiento al respecto y, procederá a resolver los puntos de alzada.

### **Devolución de los gastos de administración y cuotas de seguro previsional.**

Respecto a las apelaciones de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que “*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*”, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba trasferir por parte de las AFP a Colpensiones TODOS los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración, realizando la claridad que, si bien los fondos de pensiones privados

se rigen como las entidades financieras, no es menos cierto que el dinero que aquí están administrando no les pertenece a ellos, sino al afiliado, el cual, lo deposita en la cuenta de dicho fondo con el único objetivo de solventar en el futuro su beneficio pensional, el cual se encuentra enmarcado dentro del derecho a la seguridad social y que, es irrenunciable, innegociable e imprescriptible.

Ahora bien, es menester recordar que el retorno de dichas sumas es una consecuencia propia de la declaratoria de ineficacia, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, sin que sea argumento válido que dichos descuentos se realizan por disposición legal y por ello no procede su devolución, así como tampoco se genera un desequilibrio o descapitalización del Sistema General de Pensiones porque, precisamente al ordenar la devolución de todas las sumas que constituyen la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros y sumas descontadas, se garantiza que la prestación que posiblemente se le reconozca a BENÍTEZ LONDOÑO en el RPM se encuentre totalmente cubierta con dichos valores, así como tampoco se constituye un enriquecimiento sin causa a favor del fondo público. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

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

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

## **Indexación**

Respecto a la condena de la devolución de las sumas descontadas por gastos de administración debitadas de la cuenta de ahorro individual de la afiliada mientras estuvo vinculada a la AFP SKANDIA debidamente indexadas, es de precisar que con

la orden de devolver todas las sumas de dinero causadas por motivo de la afiliación de la demandante al RAIS se entiende que con ellas se garantiza la actualización monetaria de esos rubros, siempre y cuando ésta devolución se efectúe en el término de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, por lo que, bajo tal condicionamiento le asiste razón a la apoderada de SKANDIA.

Así las cosas, se va a **modificar** la sentencia en su ordinal tercero donde se condenó a SKANDIA a este pago, el que se condiciona a que el traslado de todos los dineros se efectúe en los quince días referidos, so pena de asumir la indexación ordenada por el A quo.

### **Condena en costas contra COLPENSIONES**

Respecto de la inconformidad de COLPENSIONES por la condena en costas impuesta en primera instancia, la cual considera que no debía imponerse por cuanto no le era posible acceder a la nulidad del traslado cuando la actora lo solicitó por estar inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, es menester indicar que conforme al Art. 365 del C.G.P. quien resulta vencido en el trámite del proceso, es quien debe asumir las costas; además, teniendo en cuenta la contestación de la demanda, se evidencia que existió oposición a las pretensiones formuladas por la actora, por lo tanto, al ser vencida en juicio al igual que PORVENIR y SKANDIA y, a pesar de no haber intervenido en el acto jurídico que se declaró ineficaz, la condena en costas se encuentra ajustada a derecho.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la modificación de la sentencia apelada únicamente en lo que respecta a la indexación alegada por **SKANDIA**, la cual se **condiciona**.

### **COSTAS**

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR** y **COLPENSIONES**. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas. Sin costas en la alzada respecto de SKANDIA por la prosperidad parcial del recurso.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO. – MODIFICAR** el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el día diecinueve (19) de enero de dos mil veintidós (2022), el cual quedará así:

**TERCERO: CONDENAR** a AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a que realice la devolución de las sumas de dinero que se encuentra en la cuenta individual de la demandante MARÍA ELENA BENÍTEZ LONDOÑO, correspondiente a cotizaciones, rendimientos y frutos como lo establece el artículo 1746 del C.C., con destino al RPM administrado por Colpensiones quien también debe devolver los gastos y cuota de manejo de administración que realizó a la demandante. Esta devolución la debe hacer a **COLPENSIONES** en el término de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, so pena de pagar los rubros indexados.

**SEGUNDO. – CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO. – COSTAS.** Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR** y **COLPENSIONES**. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas. Sin costas en la alzada respecto de SKANDIA por la prosperidad parcial del recurso.

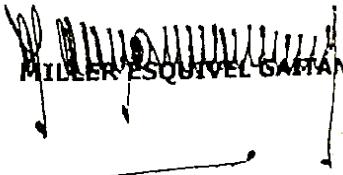
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESCRIVÁ GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA SOFÍA SÁNCHEZ SÁNCHEZ  
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR. Rad. 2019 00577 01 Juz 22.**

En Bogotá D.C., a los siete (7) días de julio de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

ANA SOFÍA SÁNCHEZ SÁNCHEZ demandó a la AFP PORVENIR y a COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 34 y 35.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 35 a 37. Nació el 09 de julio de 1961, durante toda su vida laboral a cotizado aproximadamente 1700 semanas al sistema, al RPM cotizó entre el 30 de julio de 1982 y el 31 de julio de 1999. El 19 de julio de 1999 firmó formulario de afiliación para trasladarse al RAIS administrado por la AFP PORVENIR sin que para esa época se hubiese expuesto un panorama completo de los alcances de su decisión. Precisa que efectuó los cálculos de la pensión en cada régimen existiendo una diferencia a favor en el RPM. El 18 de marzo de 2019 solicitó a PORVENIR rescindir la afiliación al RAIS y que sus aportes se

trasladaran a COLPENSIONES la cual fue negada. La misma solicitud elevó ante COLPENSIONES el 21 de marzo de 2019 sin que ésta haya sido aún resuelta.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda el 18 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

**La AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 57 a 83

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la actora, su edad, que no es beneficiaria del régimen de transición y la solicitud de traslado.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó como consta a folios 130 a 160.

- Se opuso a las pretensiones
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la actora, su edad, la afiliación al RPM y la densidad de semanas cotizadas.
- Propuso como excepciones de mérito, descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de la seguridad social del orden público y genérica.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el 09 de julio de 2021, en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora el 19 de julio de 1999, ordenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todos los valores que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante como cotizaciones, rendimientos financieros y

gastos de administración, también le ordenó a COLPENSIONES actualizar la historia laboral de la actora y declaró no probadas las excepciones. Llegó a esa determinación al advertir básicamente que la AFP demandada no acreditó su carga probatoria en la medida en que no logró demostrar haber cumplido con el deber de información a cargo de las administradoras al momento en que se efectuó el cambio de régimen de la afiliada.

### **Recurso de apelación**

**La AFP PORVENIR**, considera que la decisión vulnera el principio de legalidad que prevé el ordenamiento jurídico, en el asunto la juzgadora exigió requisitos que surgieron con posterioridad al momento en que se hizo el acto del traslado, aduce que el único documento válido para la época era el formulario de afiliación para acreditar el suministro de la información veraz y oportuna en cuanto a las características del régimen que se suministraron de forma verbal. Alega que han transcurrido más de 15 años y que la AFP ya no cuenta con los datos de contacto del asesor comercial que en su momento suministró la información a la afiliada por lo que le resulta imposible traerlo a rendir testimonio en el proceso. Aduce que ha capacitado a sus asesores, en todo momento ha obrado de buena fe, las instrucciones impartidas a los funcionarios están relacionadas con todas las garantías y beneficios que se brindan el RAIS. De otra parte, reprocha que la actora no se informó sobre su futuro pensional, en el asunto no existe lesión a los derechos pensionales de la afiliada sin que una diferencia en la prestación sea razón suficiente para declarar la ineficacia. De confirmarse la decisión solicita se revoque la condena de los gastos de administración porque esos rubros se causaron conforme lo prevé la ley y generaron rendimientos, además estas sumas ya se extinguieron porque fueron invertidas, pide se dé cumplimiento al art 7 del Dto. 3995 de 2008.

**COLPENSIONES**, pide se revoque la sentencia por el desconocimiento del a prohibición legal de cambio de régimen cuando al afiliado le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión. En cuanto a la valoración probatoria, indica que la motivación de la demandante para retornar al RPM es para aumentar el valor de la mesada pensional, el cual no se puede reputar como una falta al deber de información, pues para época del traslado era imposible establecer cuál era la mesada a obtener en este momento ya que la misma varía según los diferentes ítems que inciden en el cálculo como lo es el IBC, semanas cotizados y demás.

### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** En síntesis, solicitó la confirmación de la decisión por cuanto el fondo privado no demostró que haya cumplido con el deber de información conforme lo disponen los pronunciamientos jurisprudenciales de la SL CSJ.

### **Parte demandada.**

- **COLPENSIONES:** Indicó que se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, por lo que negarse a recibirla en el RPM no es una actuación caprichosa de la entidad pública, además, indicó que no se demostró la existencia de vicios del consentimiento por los cuales fuera viable declarar la ineeficacia del traslado y solicitó se condicione la sentencia hasta tanto no sean trasladadas todas las sumas de la cuenta de ahorro individual de la demandante.
- **PORVENIR:** Adujo que el traslado fue libre, voluntario y por ende, válido, además, que no se demostró la falta al deber de información ni ningún vicio del consentimiento e indicó que no procede la devolución de gastos de administración por ser descuentos originados de una disposición legal.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineeficacia del traslado de régimen y la devolución de los gastos de administración.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 21 de marzo de 2019 (fls 13 y 14), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

## **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al RAIS desde el 19 de julio de 2019 (fl. 24) cuando solicitó su vinculación a la AFP PORVENIR.

## **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 19 de julio de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR (fl 24), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la

<sup>1</sup> *Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su

---

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

En el asunto la AFP PORVENIR no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, pese a que también fue allegada la solicitud de afiliación con la firma de la demandante, la cual no es prueba suficiente para acreditar que a la actora se le brindo la información clara, suficiente y veraz para obtener de ella un consentimiento debidamente informado. En el expediente no se acreditó que la AFP hubiera expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), además de ponerse de presente todos estos aspectos tal vez la decisión de los afiliados sería otra, pues es bien sabido que las prestaciones en el RAIS resultan ostensiblemente menores a las que se otorgan en el RPM.

Es preciso recordar que el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente

---

<sup>3</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanen de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

al momento del traslado, pues se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

De otra parte, confunde la AFP apelante su responsabilidad legal de obtener el consentimiento informado de sus afiliados, con el ejercicio de que estos indaguen en algún momento sobre su futuro pensional, último que no se juzga en estos procesos, pues como ya se indicó en precedencia, lo reprochado a las administradoras en este tipo de procesos es su obligación de informar en el momento del traslado de régimen que adelantó las gestiones del cargo, las que evidentemente no se demostraron en este proceso.

PORVENIR, en su recurso indica que en este asunto se debe dar aplicación al traslado de los recursos en los términos previstos en el art. 7 del Dto. 3995 de 2008, para el traslado de los recursos pensionales entre regímenes, no obstante, olvida que la decisión del juez de ordenar el traslado de los dineros entre regímenes, no se origina por una consecuencia legal o por la aplicación de una disposición normativa que regule esta situación, sino en aplicación de lo enseñado por la jurisprudencia de la SL CSJ que ha decantado en innumerables casos como el que aquí ocupa la atención de la Sala, que cuando se declara la ineficacia por faltas en el deber de información, se debe ordenar la devolución de todos los dineros causados en la cuenta de ahorro individual en virtud de la afiliación. Por esta razón la norma que se pide aplicar resulta improcedente, suerte que también corre lo alegado por Colpensiones en cuanto a la prohibición legal de los 10 años que prevé el art. 2 de la ley 797/03, como quiera que el objeto de análisis en el asunto difiere de la situación fáctica que regula esa norma.

### **Devolución de los gastos de administración**

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía la actora en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en contra de la administradoras de fondos de pensiones demandadas, es preciso indicar tal como lo indica la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, “*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*”, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de Skandia S.A. a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones, de la cual no se desconoce su injerencia como tercero ajeno al acto de afiliación, pero que pese a ello debe recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020<sup>4</sup>) y evitar un enriquecimiento sin justa causa.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la **confirmación** de la sentencia apelada.

---

<sup>4</sup> *El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.*

## COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las demandadas recurrentes. Fíjense la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho para cada una de ellas.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida el 09 de julio de 2021 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las demandadas recurrentes. Fíjense la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho para cada una de ellas.

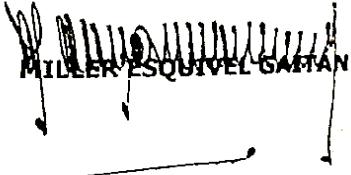
## NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS ARTURO LÓPEZ DÍAZ  
CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2019 – 00612 01. Juz. 36.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**CARLOS ARTURO LÓPEZ DÍAZ** demandó a la **AFP PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 2 y 3.

**DECLARATIVAS**

- Nulidad e ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Afiliación valida al RPM sin solución de continuidad.

- Beneficiario al reconocimiento y pago de pensión de vejez bajo los parámetros establecidos en el RPM.

## **CONDENATORIAS**

- Traslado de aportes junto con los rendimientos financieros.
- Que COLPENSIONES reciba dichos saldos debidamente indexados.
- Reconocimiento y pago de pensión de vejez a partir del 8 de marzo de 2020.
- Reconocimiento y pago de intereses moratorios por no pago oportuno de las mesadas pensionales, subsidiariamente la indexación de las mesadas.
- Uso de facultas ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 5 del expediente. Nació el 8 de marzo de 1958, por lo que, cumplió sesenta y dos años el 8 de marzo de 2020. Cotizó al ISS 648,14 semanas hasta el 25 de junio de 1996, momento en el que decidió trasladarse a la AFP PORVENIR, luego de haber asistido a una charla grupal dictada por un asesor del fondo privado, quien solamente manifestó que se podía pensionar a una menor edad y con un monto mas alto que el obtenido en el RPM, pero, no le brindó ninguna otra información relevante y tendiente a asesorarlo debidamente.

El 20 de mayo de 2019 solicitó a PORVENIR la liquidación y proyección de su mesada pensional, la cual se estableció en \$2'254.500, mientras que en junio del mismo año realizó una proyección conforme las normas del RPM, la cual arrojó una mesada por valor de \$5'614.564. Indicó que ha cotizado 1.600 semanas entre ambos regímenes.

El 21 de junio de 2019 elevó reclamación ante COLPENSIONES en la que solicitó la aceptación de la declaración de nulidad de la afiliación a PORVENIR y, el

reconocimiento y pago de una pensión de vejez, sin embargo, la entidad pública rechazó la solicitud el 26 de junio de 2019.

El 21 de junio de 2019 presentó petición a PORVENIR en la que solicitó la declaratoria de nulidad y el reintegro de los valores del capital con destino a COLPENSIONES, petición rechazada el 4 de julio de 2019 por la entidad.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 13 de diciembre de 2019 (Fl. 39) y corrido el respectivo traslado, las llamadas a juicio contestaron como se muestra a continuación:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** en los términos del escrito visible a folios 1 a 20 del archivo PDF 02 que obra en la carpeta 06 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del actor, el cumplimiento de los 62 años el 8 de marzo de 2020, la reclamación presentada por el demandante y la respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineeficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica.

**La AFP PORVENIR S.A.,** dio respuesta visible a folios 1 a 28 del archivo 02 PDF que se encuentra en la carpeta 03 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, el momento en que cumplió los 62 años, la proyección realizada y el valor de la mesada pensional, la petición elevada ante el fondo privado y la respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 1 de abril de 2022 mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

**"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por el señor CARLOS LÓPEZ DIAZ del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1º de agosto de 1996, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

**SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones. Incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.**

**TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante.

**CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, una vez este acredite la desafiliación del sistema. Procediendo a liquidar el monto de la misma acorde lo reglado en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones de prescripción.

**SEXTO: CONDENAR** en COSTAS a las demandadas. Liquídense como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV a cada una de ellas.

**SÉPTIMO: CONSÚLTENSE** con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.”

Llegó a esta determinación por cuanto PORVENIR no acreditó que haya cumplido con el deber de información conforme las reglas fijadas por la jurisprudencia de la SL CSJ y, dado que simplemente se allegó el formulario de afiliación para acreditar el cumplimiento del mencionado deber no se puede entender que solo con la firma de dicho documento se crea que la demandante conocía todas las características del RAIS. Sobre el interrogatorio del actor, adujo que no se desprende confesión alguna que sostenga la teoría de las demandadas, por ello, procedió la declaratoria de ineeficacia.

Sobre la pretensión de la pensión de vejez, indicó que cumplió con la densidad de semanas y la edad requerida para la causación de dicha prestación, por lo que, la prestación se reconocerá a partir del momento en que el actor deje de cotizar al sistema, momento en el que se realizará el cálculo correspondiente, sobre los

intereses moratorios, por cuando COLPENSIONES no ha incurrido en mora, absolvio de dicha pretension.

### **Recurso de apelación**

**COLPENSIONES:** Pidió que se revoque el numeral cuarto de la sentencia, en el sentido de que se condicione el cumplimiento de la orden de reconocimiento y pago de la pensión hasta tanto no se trasladen todos los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Por otro lado, pidió la revocatoria de los demás numerales de la sentencia, por cuanto indicó que el traslado realizado por el actor es válido y se cumplió con las reglas establecidas para el momento del traslado, por lo que no hay lugar a declarar una ineficacia automática sino que se debieron evaluar las condiciones particulares del caso, además, que la permanencia prolongada en el tiempo saneó cualquier falta al deber de información que haya ocurrido en el año 1996 y no hizo uso de su derecho a retornar al RPM antes de caer en la prohibición de la Ley 797/2003.

Agregó que con la decisión de la A quo se afecta el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones porque, a pesar del traslado de todos los aportes del actor, se debe asumir una carga económica adicional.

Estuvo en desacuerdo con la condena en costas, por cuanto no intervino en el acto jurídico de traslado y es solo llamada a juicio por ser la administradora que debe recibir al actor, por lo tanto, no es procedente dicha condena.

**PORVENIR:** Solicitó la revocatoria total de la decisión de primera instancia, por cuanto indicó que no puede aplicarse de manera automática el precedente jurisprudencial, además, porque el traslado en el caso particular es válido y se cumplió con el ordenamiento jurídico vigente para la época.

Adujo que no procede la orden de devolución de todas las sumas con la inclusión de rendimientos financieros, los cuales, a su criterio no deben ser devueltos ya que esas sumas no existen en el RPM, lo que genera un enriquecimiento en la cuenta del demandante.

Sobre la orden de devolver los gastos de administración, sostuvo que son descuentos originados por disposición legal, los cuales ya no reposan en las arcas del fondo y, son consecuencia de la buena gestión de los aportes realizada por la entidad, por tanto, conforme a lo mencionado por la Superintendencia Financiera de Colombia en sus conceptos doctrinales, no procede la devolución de dichas sumas.

Pidió, por último, que se revoque la condena en costas y agencias en derecho.

#### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Solicitó la confirmación de la decisión por cuanto se demostró la falta al deber de información del fondo privado conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales.

#### **Parte demandada.**

**COLPENSIONES:** Pidió la revocatoria de la decisión por cuanto el traslado es válido y la demandante no se interesó por su estado pensional, solo hasta cuando ya estaba inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003.

**PORVENIR:** Solicitó se revoque la decisión porque el traslado fue plenamente valido y no hubo interés de la demandante por retornar al RPM, lo que valida su intención de estar en el RAIS.

## **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, la orden de devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y cuotas de seguro previsional emitida contra PORVENIR, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez ordenado por la A quo y la condena en costas proferida en contra de las demandadas.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 21 de junio de 2019 (Fls. 30 y 31) en la que solicitó la nulidad del traslado al RAIS, así como el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública (Fl. 32), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional del actor.**

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 25 de junio de 1996, cuando solicitó su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., conforme se denota del formulario de afiliación visto a folio 33 del archivo PDF denominado "Contestación y anexos" el cual se encuentra en la carpeta 03 del expediente digital, afiliación que se encuentra vigente.

## **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A. el 25 de junio de 1996, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a

---

<sup>1</sup> *Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario pre establecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elys del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se

---

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

proyecto, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento. Ahora bien, el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ*

---

<sup>3</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

*SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR S.A., ya que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado, como tampoco lo es la permanencia en el tiempo en el RAIS, como lo pretende hacer ver COLPENSIONES. Por lo anterior, la AFP no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón<sup>1</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "Para que proceda la ineeficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio

*transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.*

Dado lo anterior, es evidente para la Sala que a LÓPEZ DÍAZ no le fue suministrada la suficiente información que permitiera conocer las implicaciones de la afiliación al RAIS, por lo cual, ha de confirmarse la decisión en ese aspecto.

### **Devolución de los gastos de administración y cuotas de seguro previsional.**

Respecto a la apelación de PORVENIR S.A., es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*", en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba trasferir por parte de la AFP a Colpensiones 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 lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración, realizando la claridad que, si bien los fondos de pensiones privados se rigen como las entidades financieras, no es menos cierto que el dinero que aquí están administrando no les pertenece a ellos, sino al afiliado, el cual, lo deposita en la cuenta de dicho fondo con el único objetivo de solventar en el futuro su beneficio pensional, el cual se encuentra enmarcado dentro del derecho a la seguridad social y que, es irrenunciable, innegociable e imprescriptible.

Ahora bien, es menester recordar que el retorno de dichas sumas es una consecuencia propia de la declaratoria de ineficacia, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros del actor no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de LÓPEZ DÍAZ ni mucho menos de Colpensiones y se evita que exista una descapitalización del Sistema General de Pensiones. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

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

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

### **Pensión de vejez.**

En relación a la pensión de vejez reconocida en la sentencia de primera instancia, se debe tener en cuenta que, aun no se han efectuado el traslado de los aportes, rendimientos y demás sumas que constituyen la cuenta de ahorro individual del actor, por lo que, le asiste razón a la apoderada de COLPENSIONES respecto de que no se constituye obligación de reconocimiento y pago de la pensión hasta tanto no se realice el mencionado traslado de aportes y rendimientos, por lo que una vez recibidos dichos valores por parte de COLPENSIONES deberá proceder al estudio de los requisitos para ser beneficiario de dicha prestación, sumado a la orden emanada de la A quo de desafiliarse al sistema, razón por la cual, hay lugar a adicionar el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia.

### **Condena en costas contra las demandadas.**

Respecto de la inconformidad de COLPENSIONES por la condena en costas impuesta en primera instancia, la cual considera que no debía imponerse por solo ser convocada a juicio por ser la entidad que debe recibir al actor, pero, que no fue vencida en juicio al no ser quien generó el acto declarado ineficaz, es menester indicar que conforme al Art. 365 del C.G.P. quien resulta vencido en el trámite del proceso, es quien debe asumir las costas; además, teniendo en cuenta la contestación de la demanda, se evidencia que existió oposición a las pretensiones formuladas por el actor, por lo tanto, al ser vencida en juicio al igual que PORVENIR y, a pesar de no haber intervenido en el acto jurídico que se declaró ineficaz, la condena en costas se encuentra ajustada a derecho.

Respecto de la petición de PORVENIR de revocarse la condena en costas impuesta por la A quo, no hay lugar a acceder a la misma, por cuanto se confirmó la decisión de primera instancia respecto de todos los puntos que fueron alegados por ella, por tanto, dicha condena también se mantendrá incólume.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la adición del numeral cuarto de la sentencia apelada y la confirmación de los demás numerales.

### COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR**. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho.

Ante la prosperidad parcial del recurso formulado por **COLPENSIONES**, la Sala se abstiene de imponer condena en costas, conforme lo dispuesto en el numeral quinto del Art. 365 del C.G.P.

### DECISIÓN

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

### RESUELVE

**PRIMERO. – ADICIONAR** el numeral cuarto de la sentencia proferida el 1 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

*“CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, una vez este acredite la desafiliación del sistema y se efectúe el traslado de todos los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante. Procediendo a liquidar el monto de la misma acorde lo reglado en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.”*

**SEGUNDO. – CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO. - COSTAS.** Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR**. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho. Sin costas respecto a **COLPENSIONES**, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

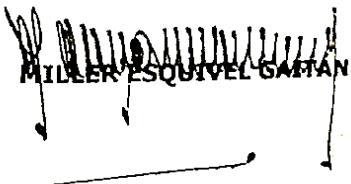
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLARA INÉS RAMÍREZ RODRÍGUEZ  
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE  
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Rad. 2019 00669 01 Juz 26**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

CLARA INÉS RAMÍREZ RODRÍGUEZ demandó a la AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 2 y 3.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Reactivar a la demandante en el RPM.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente fl 3 a 6. Cotizó al ISS desde 1 de mayo de 1981 hasta mayo de 1997 un total de 787.71 semanas. El 1 de mayo de 1997 se afilió a la AFP PROTECCIÓN S.A. Al momento del traslado no le explicaron cómo funcionan las modalidades de pensión, el cobro de los gastos por administración, el capital que debía acumular tampoco se le hizo una proyección de pensión, ni se le informó de los cambios a sus mesadas pensionales las cuales serían

notablemente inferior en el RAIS respecto a lo que podría percibir en el RPM. El 5 de julio de 2017, presentó derecho de petición ante PROTECCIÓN S.A. solicitando la invalidez del traslado, petición que fue contestada de forma negativa por parte de la entidad. De otra parte, elevó reclamación administrativa ante Colpensiones el día 20 de junio de 2017 para retornar al RPM, la que también se negó.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** en los términos del escrito visible en el expediente Fl 54 a 58.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; fecha de vinculación de la demandante, número de semanas cotizadas, su afiliación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la solicitud de retorno al RPM y la respuesta emitida por Colpensiones.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica.

**La AFP PROTECCIÓN** contestó en los términos del escrito visible en el expediente a folios 81 a 88.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; fecha de vinculación de la demandante, la solicitud de invalidación de la afiliación y la respuesta emitida por la AFP.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación al RAIS con ING y PROTECCIÓN, buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y la genérica.

En auto del 1 de octubre de 2020 (fl 168), se ordenó la vinculación de la **AFP COLFONDOS S.A.**, quien contestó la demanda en los términos del escrito visible en el expediente Fl 173 a 178.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el 06 de octubre de 2021 en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de CLARA INÉS RAMÍREZ RODRÍGUEZ al RAIS, condenó a PROTECCIÓN a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes del demandante junto con los rendimientos causados y sin que haya lugar a descuentos por concepto de cuotas de administración, ordenó a COLPENSIONES que acepte el traslado de la actora y tenga para todos los efectos pensionales los aportes realizados, a COLFONDOS le ordenó transferir a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, y condenó en costas a las AFP. Llego a esa determinación al advertir que las demandadas no cumplieron con la carga de la prueba impuesta en los términos establecidos por la SL CSJ, no se acreditó el deber de información y las pruebas allegadas no eran suficientes para demostrar las obligaciones a cargo de las administradoras.

### **Recurso de apelación**

**AFP PROTECCIÓN:** Pidió se revoque la condena por los gastos de administración los cuales tienen un respaldo legal, dijo que esas comisiones ya se causaron en el curso de la administración y son producto de la buena gestión. Alega que si el objetivo es que las cosas vuelvan a su estado anterior no existirían los rendimientos en la cuenta de ahorro de la actora y en ese orden, el negocio nunca existió por lo que tampoco se causaron gastos de administración. Cita el artículo 1746 C.C. que habla de las restituciones mutuas, insiste en que los rendimientos financieros son producto de su buena gestión por lo que deben ser conservados. De otro lado,

razona que al ordenar devolver a COLPENSIONES todas las sumas que se causaron con la afiliación de la demandante al RAIS se constituye un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante porque va a recibir dineros causados por una debida gestión son reconocer o pagar por ello.

### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Indicó que no se demostró que el fondo privado haya cumplido con el deber de informar en debida forma a su potencial afiliada, por lo tanto, es procedente la declaratoria de ineeficacia decretada en primera instancia.

### **Parte demandada.**

**COLPENSIONES:** Por cuanto no se pronunció respecto al objeto estricto de la apelación, sino que, por el contrario, hizo referencia a otras cuestiones no objetadas y en algunos casos, hasta no ordenadas en la sentencia de primera instancia, la Sala se abstiene de tener en cuenta dichos alegatos, no obstante, se incorporarán al plenario.

**PROTECCIÓN:** Guardó silencio.

**COLFONDOS:** Guardó silencio.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

## **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 20 de junio de 2017 (fl 42), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

## **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 21 de marzo de 1997, cuando se trasladó a la AFP ING que el 16 de junio de 2000 se cambió a la AFP COLFONDOS, retornó a ING el 12 de septiembre de 2008 y está hoy en día en la AFP PROTECCIÓN desde el 31 de diciembre de 2012 en virtud de una cesión por fusión (fl 89 – historial de vinculaciones de a Asofondos).

## **Devolución de los gastos de administración**

En cuanto a la orden de devolver este concepto, es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineeficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diferentes sentencias desde la SL del 8 sep. 2008 rad. 31989<sup>1</sup>, y para resolver lo concerniente a este punto La Sala se remite a lo dicho recientemente en la SL 2229-2022 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, en la que respecto a los puntos de apelación dijo:

*"(...) al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineeficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las*

---

<sup>1</sup> "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

*consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*

*Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto). En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

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

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

*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineeficacia 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.*

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones, además los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

***Lo anterior por cuanto, al declararse la ineficacia del traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que la administradora tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009, y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: «Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley».***

*Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por*

*los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020, CSJ SL5595-2021).*

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación al RAIS, la decisión del juez de ordenar a la AFP PROTECCIÓN devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, pues sus efectos no son otros que volver al mismo estado en que las cosas se hallaban de no haber existido el acto de traslado; por ello, la administradora del fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad está obligada a enviar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos, los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos; así como de los gastos de administración , las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sin que sea de recibido entender que con tal orden se genere un enriquecimiento sin causa a favor de la actora o de COLPENSIONES, ya que se está obligando a ésta última a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza además el principio de sostenibilidad financiera.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la **confirmación** de la sentencia apelada.

## COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la AFP PROTECCIÓN. Fíjese el valor de un (1) **SMMLV** para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de octubre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

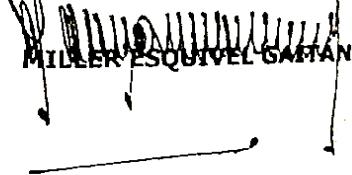
**SEGUNDO. -** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la AFP PROTECCIÓN. Fíjese el valor de un (1) **SMMLV** para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho.

## NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RITO ANTONIO RAMÍREZ SUÁREZ  
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES Rad. 2019 – 00672 Juz. 39.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**RITO ANTONIO RAMÍREZ SUÁREZ** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en los folios 2 (demanda) y 20 (subsanación) del archivo 01 del expediente.

**PRETENSIONES PRINCIPALES**

- Condenar a Colpensiones al pago del incremento del 14% por personas a cargo.
- Retroactivo.
- Indexación.
- Intereses moratorios
- Costas.
- Uso de facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 (demanda) y 22 (subsanación) del expediente. Nació el 05 de octubre de 1941, contrajo matrimonio con Rosa Delia Gamboa González el día 19 de octubre de 1969, momento desde el que comparten techo, lecho y mesa, su conyuge carece de ingresos por lo que depende económicamente del demandante. El ISS hoy COLPENSIONES mediante resolución No. 015407 del 27 de junio de 2002, le reconoció pensión de vejez a partir del 05 de octubre de 2001, dicha pensión fue reconocida bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de 1990. El 06 de agosto de 2019 presentó reclamación ante COLPENSIONES a fin de que se reconociera el incremento del 14%, sin embargo, la entidad pública mediante comunicación del 08 de agosto de 2019 negó la solicitud.

## **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Nueve laboral del circuito de esta ciudad mediante proveído del once (19) de febrero de dos mil veinte 2020 (Fl. 29) y corrido el traslado, **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito visible a folios 1 a 15 del archivo 04 del expediente digital.

- Se opuso a todas las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, el matrimonio, la resolución que reconoció la pensión de vejez al actor, la reclamación administrativa y la respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y de la obligación, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones de administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

En el inciso cuarto del auto admisorio de la demanda, se ordenó la notificación de la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, quien intervino conforme al escrito que se visualiza en el archivo 02 que se encuentra dentro de la carpeta 10 del expediente digital, en el cual, en síntesis, solicitó se nieguen las pretensiones en razón a que la Corte Constitucional en la sentencia SU 140/2019 determinó que los incrementos previstos en el decreto 758 de 1990 no se extendían frente al régimen de transición por no estar dotados de naturaleza pensional.

## **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo del 09 de febrero de 2022, en la cual dispuso:

***"PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda y en su lugar DECLARAR probada la excepción presentada por COLPENSIONES denominada inexistencia de la existencia del derecho y obligación teniendo en cuenta los argumentos esbozados en esta providencia.***

***SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante. Incluyase en la respectiva liquidación la suma de \$300.000 como agencias en derecho.***

***TERCERO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa al demandante"***

Llegó a esta determinación por cuanto conforme a la sentencia SU-140 de 2019 los incrementos pensionales se encuentran derogados orgánicamente a partir de la expedición de la Ley 100/1993, por lo que, dicho pronunciamiento es vinculante y

debe aplicarse independiente de pronunciamientos de otras corporaciones que difieran de dicho criterio. De igual manera, la Corte Suprema de Justicia SL 2061 de 2021 decidió aplicar la sentencia de la Corte Constitucional SU 140 de 2019 de manera íntegra, por ello, debe aplicarse dicha jurisprudencia al caso particular, al haberse reconocido la prestación de vejez con posterioridad a la entrada de la Ley 100/1993, razones por las cuales se concluye que el actor no tiene derecho al beneficio deprecado. Sobre las excepciones declaró probada la de inexistencia del derecho y obligación a cargo de COLPENSIONES, se reveló del estudio de las demás excepciones y condenó en costas al demandante.

### **Recurso de Apelación**

**Demandante:** Solicitó la absolución respecto a la condena en costas a fin de evitar un perjuicio económico.

### **Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Guardó silencio.

**Parte demandada:** Solicitó la confirmación de la decisión por cuanto los incrementos pensionales se encuentran derogados orgánicamente.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la condena en costas contra el demandante impuesta en primera instancia.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma, tal como se desprende de la solicitud presentada el 06 de agosto de 2019, donde solicitó se aplicara el incremento objeto de este proceso (Fl. 13) del expediente, y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública visible en el Fl. 14, con lo que se da cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 6 del C.P.T. y S.S.

### **Status de pensionado del demandante**

No se controvierte que el demandante es beneficiario del régimen de transición, pues nació el 05 de octubre de 1941 (fl. 6) luego para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 52 años de edad, por lo que la prestación fue reconocida mediante Resolución No. 015407 del 27 de junio de 2002 (Fl. 12) bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 en virtud del referido beneficio, a partir del 05 de octubre de 2001, en cuantía de \$462.578 con base en 1.061 semanas cotizadas.

### **Vigencia y exigibilidad de los Incrementos Pensionales**

Frente a la vigencia y exigibilidad de los incrementos pensionales La Sala no emitirá pronunciamiento alguno, ya que no fue objeto de reproche.

### **Condena en costas**

Respecto del recurso interpuesto, conforme al Art. 365 del C.G.P. se condenará en costas a quien resulte vencido en el proceso, por lo anterior, al ser la decisión absolutoria respecto de las pretensiones del actor la condena aplicada en primera instancia se encuentra ajustada a derecho y no habrá lugar a modificación en esta instancia.

Bajo estas razones, La Sala **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

### **COSTAS**

Las de primera se CONFIRMAN. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de CIEN MIL PESOS (\$100.000) como agencias en derecho.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de febrero de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**COSTAS.** Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de CIEN MIL PESOS (\$100.000) como agencias en derecho.

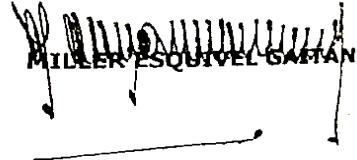
### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER EQUÍVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FABIOLA RODRIGUEZ BERNAL  
CONTRA AFP COLFONDOS, AFP PROTECCIÓN Y COLPENSIONES. Rad.  
2019 – 00817 01. Juz. 14.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

FABIOLA RODRIGUEZ BERNAL demandó a las AFP COLFONDOS, PROTECCIÓN y COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 78 a 79.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Reactivación del actor en el RPM y corrección de la historia laboral.
- Pago de perjuicios morales.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 79 y 80. Nació el 07 de agosto de 1964. Efectuó aportes al ISS desde el 1990. Se afilió al RAIS mediante Colmena hoy Protección S.A. el 17 de septiembre de 1997. Al momento del traslado no se le informó de las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, no

se le realizó una comparación de los regímenes pensionales, ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se hizo la proyección de su mesada, ni se expuso nada en relación con una posible disminución del monto de la pensión o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. El 25 de enero de 2002 se trasladó a Colfondos S.A. El 12 de septiembre de 2019, presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES y COLFONDOS, solicitudes que fueron resueltas de manera negativa.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó como consta en el cd del folio 98.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la actora y su afiliación al ISS.
- Formulo como excepciones de mérito; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineeficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica.

**LA AFP COLFONDOS S.A.,** contestó como consta en el cd que reposa a folio 92.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la actora, el formulario de afiliación, realización de la proyección pensional y respuesta a la petición.
- Formulo como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, innominada o genérica, ausencia 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 de nulidad, compensación y pago.

**La AFP PROTECCIÓN**, dio respuesta conforme el contenido del cd de folio 96.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y de la vinculación.
- Formulo como excepciones de fondo; 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 23 de noviembre de 2021, donde declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS acaecido el 17 de septiembre de 1997 administrado en su oportunidad por la AFP PROTECCIÓN. Ordenó a COLFONDOS S.A., administradora de pensiones a la que se trasladó la actora el 25 de enero de 2002 a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, y a COLPENSIONES le ordenó aceptarlos y actualizar la historia laboral de la demandante. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento del traslado de régimen pensional.

### **Recurso de apelación**

**DEMANDANTE:** solicita que se condene a Colpensiones en costas, pues conforme al artículo 365 del CGP estas se imponen a quien fue vencido en juicio y en el asunto, Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, contestó la demanda y también contrainterrogó.

**PROTECCIÓN S.A.:** señala en síntesis que se debe hacer una valoración de la afiliación acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, máxime cuando quedo plenamente demostrado que la AFP cumplió con el deber de información. No existe coherencia al ordenar la devolución de los gastos de administración y rendimientos del acto jurídico que se declaró nulo. Alega que los dineros causados en esta AFP se trasladaron a otro fondo privado sin que la entidad tenga recursos económicos de la actora en este momento. Asumir la condena de los gatos de administración constituye una condena en perjuicio de la AFP, la inversión de la carga de la prueba operó frente a la ineficacia de la afiliación, pero no frente a perjuicios.

**COLPENSIONES:** Pide se revoque la sentencia, pues en el asunto no era dable invertir la carga de la prueba respecto del deber de información, adujo que no se demostró vicios en el consentimiento, la actora no fue coaccionada a firmar ningún formato, la vinculación y traslados en los distintos fondos fue libre y voluntaria con lo que ratifica que entendía de las características del RAIS. Finalmente indicó que la decisión atenta contra la sostenibilidad financiera.

### **Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** Solicitó se confirme la decisión en cuanto a la declaratoria de ineficacia, en razón a que se demostró que el traslado estuvo precedido por una falta al deber de información, lo que no puede convalidarse con ninguna actuación posterior del fondo privado o, la posible información o conocimientos de la afiliada. Solicitó se revoque la decisión de no condenar en costas a COLPENSIONES porque dicha entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones, además que hizo parte de las vencidas en juicio, por lo que, en concordancia con el Art. 365 del C.G.P. procede su condena y, por último, pidió que no se acceda a la apelación de

PROTECCIÓN de no retornar los gastos de administración, ya que, conforme al precedente jurisprudencial de la CSJ dicha condena es consecuencia de la declaratoria de ineeficacia.

### **Parte demandada.**

**PROTECCIÓN S.A.:** Guardó silencio.

**COLPENSIONES:** Solicitó la revocatoria de la decisión porque la actora no es beneficiaria del régimen de transición, se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003 y no se demostró que el traslado estuviera viciado de consentimiento, además, las facultades académicas y conocimientos de la actora le permitían conocer el alcance de la decisión de pertenecer al RAIS.

**COLFONDOS:** Solicitó la revocatoria total de la decisión por cuanto el traslado fue válido, la demandante no hizo uso del derecho de retracto y los asesores de COLFONDOS estaban lo suficientemente capacitados para asesorar de manera acorde a los afiliados, sin embargo, subsidiariamente solicitó que se revoque la orden de devolver los gastos de administración y las cuotas de seguro previsional ya que son valores que la Ley autoriza su descuento y además, son producto de la buena gestión del fondo con los aportes de la actora.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineeficacia del traslado de régimen, la devolución de los gastos de administración y la conde en costas a cargo de COLPENSIONES.

## **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende del derecho de petición radicado el 12 de septiembre de 2019 (fl 16), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

## **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 17 de septiembre de 1997 (fl 110 vuelto) cuando solicitó su vinculación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN y que el 25 de enero de 2002 se hizo un traslado a COLFONDOS (fls 4 y 111 – consulta SIAF).

## **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLMENA el 17 de septiembre de 1997 (fl 110 vuelto), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la

<sup>1</sup> *Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la

---

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Ahora bien, el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún*

---

<sup>3</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanen de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

*momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria”*

Nada de lo anterior demostraron las Administradoras de Fondos de Pensiones que asumieron la afiliación efectuada por la demandante en el RAIS, sin que la simple suscripción del formulario sea prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado. Las AFP no acreditaron haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Ely del Pilar Cuello Calderón<sup>1</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: “*Para que proceda la ineeficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*”.

### **Devolución de los gastos de administración**

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía la actora en su cuenta individual y los gastos de administración impuesta en contra de las Administradoras de Fondos de Pensiones demandadas, es preciso

indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha del 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, “*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*”, en consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008<sup>4</sup>), ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020<sup>5</sup>) y evita un enriquecimiento sin justa causa. Ahora, si bien, los gastos de administración son deducciones autorizadas por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009, en relación a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado es claro que sí las cosas vuelven a su estado anterior la AFP tiene que asumir los deterioros del bien administrado mediante la devolución de los gastos de administración, primas de seguro previsional y demás valores obrantes en la cuenta de ahorro individual, como quiera que la ineficacia se generó como consecuencia de la conducta desplegada por el fondo de pensiones al incumplir con el deber de información a su cargo.

---

<sup>4</sup> “Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

<sup>5</sup> El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

De otra parte es de indicar que a las AFP no se les exige ninguna carga probatoria desproporcionada, porque se itera, a ellas siempre les ha correspondido brindar a sus afiliados la información suficiente y veraz a fin de que estos puedan adoptar una decisión realmente libre sobre su futuro pensional, y por tanto demostrar su diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil; además porque aplicada la regla probatoria del artículo 167 del C.G.P., las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, lo que significa que la carga de la prueba se invierte respecto de quien recae, es decir, que corresponderá a la contraparte demostrar el hecho indefinido.

### **Costas**

La demandante apela la falta de condena en costas a la demandada COLPENSIONES, la cual encuentra La Sala procedente, ya que el artículo 365 del CGP prevé esta condenada a la parte que ha sido vencida en juicio, y en este caso tal como lo alegó la demandante COLPENSIONES se opuso a las pretensiones del proceso, por esta razón se ha de **adicionar el ordinal cuarto** de la sentencia apelada, para en su lugar se condene en costas de la instancia a COLPENSIONES.

### **COSTAS**

Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PROTECCIÓN ante la improsperidad de los recursos por ellas interpuestos. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

### **DECISIÓN**

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

## RESUELVE

**PRIMERO. – ADICIONAR EL ORDINAL CUARTO** de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de noviembre de 2021, el cual quedará así:

**"CUARTO:** Condenar en costas de la acción a las demandadas AFP PROTECCIÓN, AFP COLFONDOS y a COLPENSIONES."

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO: COSTAS.** Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PROTECCIÓN ante la improsperidad de los recursos por ellas interpuestos. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

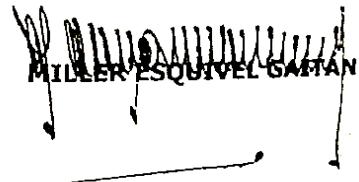
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUAN CAMILO GARCÍA SANCHEZ  
CONTRA COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCIÓN Y COLFONDOS. Rad.  
2019 00822 01 Juz 15.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

JUAN CAMILO GARCÍA SANCHEZ demandó a las AFP PORVENIR, PROTECCIÓN Y COLFONDOS Y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente a folios 300 a 317.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente a folios 295 a 300. Cotizó al ISS entre el 06 de junio de 1992 y el 31 de octubre de 1995, el 02 de octubre de ese año se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR sin que se le brindara información completa y oportuna para determinar los alcances de su decisión. El 03 de septiembre de 2019 solicitó a PORVENIR la ineeficacia del traslado y el 08 de julio de ese año a COLPENSIONES, los que fueron negados. Le reprocha a COLPENSIONES que tampoco le brindó la información suficiente para comprender

el alcance de la decisión para cambiarse de régimen pensional. El 28 de marzo de 2006 se cambió a la AFP COLFONDOS entidad que también omitió ejercer el deber de información, a esta entidad le solicitó la ineficacia de traslado el 03 de septiembre de 2019 la que fue negada. El 31 de julio de 2007, se cambió a la AFP PROTECCIÓN (*actual administradora*) entidad que tampoco brindó la información suficiente para comprender los alcances del traslado, a esta entidad le pidió la nulidad de traslado el 09 de julio de 2019 la que tampoco se accedió.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

**La AFP PROTECCIÓN** contestó en los términos del escrito visible a folios 323 a 332.

- Se opuso a las pretensiones.
- No acepto ningún hecho.
- Propuso como excepciones inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

**COLPENSIONES** conforme el escrito visible a folios 420 a 424 contestó de la siguiente manera:

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la vinculación al ISS, las semanas cotizadas, la solicitud de traslado y la respuesta negativa.
- Como excepciones de fondo propuso; prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe.

**LA AFP PORVENIR** contestó en los siguientes términos (fls 430 a 442).

- Se opuso a las pretensiones.

- No aceptó ningún hecho.
- Propuso como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

**La AFP COLFONDOS** contestó a través de curador ad litem en los términos del escrito visible a folios 472 a 477.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con las solicitudes de nulidad del traslado de régimen y que la actual administradora del régimen pensional es la AFP PROTECCIÓN.
- Propuso como excepciones de mérito; validez del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, indebida notificación, inexistencia de las obligaciones y falta de requisitos para solicitar el traslado.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 09 de febrero de 2022, en la cual dispuso declarar la ineffectuación del traslado del demandante del RPM al RAIS que se efectuó el 02 de octubre de 1995 a través de la AFP PROVENIR, ordenó a la AFP PROTECCIÓN (actual administradora) que traslade todos los recursos (aportes y rendimientos) que obran en la cuenta de ahorro individual tales como aportes o rendimientos a COLPENSIONES y esta a recibirlas. Declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el curador ad litem de la demandada COLFONDOS. No condenó en costas a ninguna de las demandadas. Llegó a esa determinación en síntesis al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

### **Recurso de apelación**

**La AFP PORVENIR** considera que la decisión del a quo debe ser revocada en lo que respecta a la declaratoria de ineffectuación, considera que para la época del traslado de régimen solo necesitaba como requisito contar con la constancia que se dejó

plasmada con el formulario de afiliación, el que además cumple con las exigencias legales establecidas para el momento, la decisión del actor fue libre y voluntaria. Se aparta de la aplicación de la carga de la prueba la que no existía al momento del suministro de la información, pide se tenga en cuenta el interrogatorio de parte al demandante respecto al tipo de información que él conocía máxime cuando confesó de la existencia de algunas características, las que demuestran en conocimiento de la información, resultando evidente que la única causal de regresar al RPM esta relacionada con el monto de la mesada pensional.

**COLPENSIONES**, considera que no se puede acceder a las pretensiones del demandante a quien si se le rindo la información necesaria, la que se ratifica con los traslados horizontales. También pide tener en cuenta el interrogatorio de parte donde se puede constatar que la inconformidad se desprende de expectativas económicas que nada tienen que ver con el deber de información. Aduce que no hay certeza del suministro de información del asesor de Porvenir. Precisa que si bien el A quo no dijo nada de los gastos de administración, los pronunciamientos de la SL CSJ han determinado su procedencia para estos casos, por tanto solicita que se reintegre la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, como cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

**Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** Solicitó la confirmación de la decisión en razón a que los fondos privados no demostraron el cumplimiento al deber de información, por ello, conforme al precedente jurisprudencial, procede la declaratoria de ineeficacia.

**Parte demandada.**

**COLPENSIONES:** Reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

**PORVENIR:** Solicitó la revocatoria de la decisión bajo similares argumentos a los expuestos en la sustentación del recurso.

**PROTECCIÓN:** Guardó silencio.

**COLFONDOS:** Allegó una solicitud de desvinculación, no se pronunció respecto a los recursos presentados.

## **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y la devolución de todos los rubros causados en la cuenta de ahorro individual del actor.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 8 de julio de 2019 (fls 45 a 49), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional del actor**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al RAIS desde el 02 de octubre de 1995 (fl 32) cuando solicitó su vinculación al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A., que el 28 de marzo de 2006 (fl 64) se trasladó a COLFONDOS, el 31 de octubre de 2007 se cambió a la AFP SANTANDER y en la actualidad se encuentra afiliado a la AFP PROTECCIÓN conforme consulta SIAF que milita a folio 333.

### **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le

suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor el 02 de octubre de 1995 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314

---

<sup>1</sup> *Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>2</sup> *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de*

cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

---

*forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”*

<sup>3</sup> “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanen de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

En el asunto ninguna de las demandadas cumplieron en el deber de acreditar se expusieron al actor un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, pese a haber allegado el formulario de afiliación con la firma del demandante, documento que no constituye una prueba suficiente para probar un consentimiento debidamente informado, pues no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), y es por esto, que los traslados horizontales posteriores al traslado de régimen inicial no justifican la omisión de las AFP, ni tampoco el hecho de que el afiliado conozcan características de uno u otro régimen, pues se insiste esta información solo es útil sí se proporciona de manera completa al momento del cambio del sistema pensional, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta. De otra parte resulta oportuno recordar que el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, pues se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

---

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

Así las cosas, la orden del juez de declarar la nulidad de traslado del actor del RPM al RAIS se encuentra acertada.

**Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.**

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

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

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la petición de COLPENSIONES de ordenar la devolución de los gastos de administración, y demás rubros causados en la cuenta de ahorro individual del actor, tales 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, resulta procedente y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, por tanto, como la AFP PROTECCIÓN es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, en este momento es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, ya que se está obligando a

COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual de paso se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera, pues conforme lo expuesto en la SL 2877-2020, éste no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM.

Ahora, es de precisar que si bien la AFP PROTECCIÓN no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen que efectuó el demandante, pues en esa época el traslado se efectuó con la AFP PORVENIR, y era a ésta entidad a la que le asistía la carga de probar que suministró información veraz y suficiente, como la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen afecta todas las posibles y sucesivas afiliaciones que el demandante hiciera con posterioridad dentro del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la AFP PROTECCIÓN debe asumir la responsabilidad de no haber verificado la legitimidad del traslado inicial, lo cual no obsta para que la AFP condenada (PROTECCIÓN) repita contra las otras AFP, pues como ya se indicó fue allí donde se materializó y generó la nulidad del traslado de régimen, el que fue acolitado por las demás administradoras.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la **modificación** de la sentencia apelada, únicamente en lo que respecta a ordenar a la AFP PROTECCIÓN que devuelva a COLPENSIONES todos los rubros generados en la cuenta de ahorro individual del demandante en virtud de su afiliación al RAIS.

## COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR**. Fíjense la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. – ADICIONAR EL NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el día 09 de febrero de 2022, el cual quedara así:

**"PRIMERO: DECLARAR** ineficaz la afiliación del traslado efectuado por el señor demandante JUAN CAMILO GARCIA SANCHEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 02 de octubre del año 1995 a través de la AFP PORVENIR y como consecuencia de lo anterior entonces **ORDENAR a la AFP PROTECCION** donde actualmente se encuentra afiliado a trasladar todos los rubros que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales 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, a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES y a ésta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que alguna vez tuvo el señor JUAN CAMILO y acredeite los mismos como semanas efectivamente teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiese trasladado al régimen de ahorro individual."

**SEGUNDO.-** En lo demás se confirma la sentencia.

**TERCERO.- COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR**. Fíjense la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho.

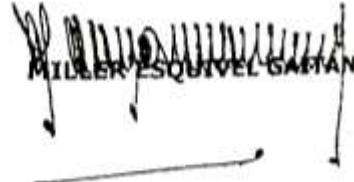
## NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER EQUVEL GAITAN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BEATRIZ ELENA BONILLA OCHOA  
CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS PROTECCION S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2019 – 00854 01. Juz. 16.**

En Bogotá D.C., a los siete (07) días de julio de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**BEATRIZ ELENA BONILLA OCHOA** demandó a la **AFP PROTECCIÓN** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 46 a 47 (demanda) y 62 (subsanación).

- Ineficacia y/o nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Retorno a Colpensiones.
- Traslado de aportes a Colpensiones.

- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 43 a 46 (demanda) y 61 a 62 (subsanación) del expediente. Nació el 13 de mayo de 1962, desde el 28 de octubre de 1986 y hasta el 30 de abril de 1994 estuvo afiliada en el Instituto de Seguro Social, fue trasladada al RAIS administrado por PROTECCIÓN el 01 de mayo de 1994. Al momento del traslado la AFP no le brindó ningún tipo de información respecto a las características, funcionamiento del RAIS o las consecuencias generadas al momento del cambio de régimen, tampoco se le informó sobre la posibilidad de retornar al RPM y en general, no se le brindó ningún tipo de asesoría u orientación. El 06 de noviembre de 2019 radicó solicitud de nulidad del traslado inicial de régimen ante PROTECCIÓN solicitud que fue negada por el fondo privado el 08 de noviembre de 2019, de igual modo, el 06 de noviembre de 2019 radicó solicitud de nulidad del traslado inicial de régimen ante COLPENSIONES la que también fue rechazada el 07 de noviembre de 2019 mediante comunicación No. BZ2019\_15019790-3301685.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Diecisés Laboral del Circuito de esta ciudad el 9 de diciembre de 2020 (Fl. 69), corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** en los términos del escrito visible a folios 1 a 12 del archivo PDF que obra en medio magnético visible a folio 71.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la actora, el tiempo de cotización realizado al ISS, la afiliación activa al sistema de seguridad social al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100/1993, la reclamación presentada por la demandante ante ella y su respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y genérica.

**La AFP PROTECCIÓN**, dio respuesta visible a folios 1 a 22 del archivo contentivo en medio magnético visible a folio 79.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación al RAIS el 1 de mayo de 1994, la solicitud de nulidad presentada ante la AFP y la respuesta negativa.
- Formuló como excepción previa la de falta de integración del Litis Consorcio necesario por pasiva.
- Como excepciones de fondo; 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, 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y genérica.

En audiencia del Art. 77 del CPTSS realizada el 14 de febrero de 2022 el A quo declaró no probada la excepción previa propuesta por PROTECCIÓN S.A. teniendo

en cuenta que, si bien en el reporte de ASOFONDOS denota que existió una afiliación a COLFONDOS, en la historia laboral allegada por PROTECCIÓN no se avizoran cotizaciones realizadas a esa AFP, por lo que consideró que no era necesario integrarla como Litis Consorcio.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado Diecisésis Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 14 de febrero de 2022 mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

*"PRIMERO: DECLARAR inefficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante **BEATRIZ ELENA BONILLA OCHOA** identificada con cedula de ciudadanía No. 51.675.347 desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que tuvo efectividad desde el 01 de mayo de 1994, Régimen hoy día administrado por la **AFP PROTECCION S.A.**"*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la **AFP PROTECCION S.A.**, a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, incluyendo los valores por capital, intereses, frutos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general toda suma que se haya recibido por motivo de las cotizaciones de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*

***TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a reactivar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a recepcionar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, conforme se condenó en el numeral segundo de la presente sentencia, declarándose el Régimen de Prima*

*Media con Prestación Definida, como el único, en el que, en forma válida, se ha encontrado afiliada la demandante.*

**CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** de la instancia a la parte demandada, **AFP PROTECCION S.A.** en favor de la parte demandante, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de **TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000)** **MCTE**, como valor de las agencias en derecho y sin otra condena en costas en la instancia."

Llegó a esta determinación al advertir que la AFP PROTECCIÓN no acreditó que haya cumplido con el deber de información conforme las reglas fijadas por la jurisprudencia de la SL CSJ y, dado que simplemente se allegó el formulario de afiliación para acreditar el cumplimiento del mencionado deber no se podía entender que solo con la firma de dicho documento se infiera que la demandante conocía todas las características del RAIS.

### **Recurso de apelación**

**COLPENSIONES:** Pidió la revocatoria total de la decisión por cuanto la actora nunca realizó actos que demostraran su intención de retornar al RPM, por el contrario, permaneció por un tiempo prolongado afiliada al RAIS, lo que se considera como acto de relacionamiento conforme a pronunciamientos jurisprudenciales esgrimidos de la Sala de Descongestión Laboral de la CSJ.

**PROTECCIÓN:** Formuló su oposición respecto a la orden de devolver los gastos de administración y sumas descontadas por seguro previsional, pues dichos descuentos son originados por una disposición legal, además que son consecuencia de la buena gestión de administración de los recursos de la demandante, indicó que con dicha orden se genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES al recibir sumas que no son destinadas a la financiación de una prestación de vejez. Indicó que de las sumas descontadas por seguro previsional opera el fenómeno de la

prescripción al ser descontadas periódicamente y que conforme al principio de restituciones mutuas dichas sumas, reitera, no deben ser devueltas.

### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Solicitó que se confirme la decisión en razón a que conforme a los criterios jurisprudenciales existió una falta al deber de información por parte de PROTECCIÓN al momento del traslado de régimen, además, la AFP no cumplió con su carga probatoria dentro del proceso.

### **Parte demandada.**

**COLPENSIONES:** Solicitó se revoque la decisión porque no es procedente declarar una ineeficacia a la luz de normas posteriores, además, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003.

**PROTECCIÓN:** Guardó silencio.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineeficacia del traslado de régimen , sí se debe ordenar la devolución de las sumas descontadas por concepto de cuotas de seguro previsional impartida a PROTECCIÓN y sí procede la prescripción sobre estos rubros.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 6 de noviembre de 2019 (Fls. 23 a 27) en la que solicitó la nulidad del traslado al RAIS y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública (Fls. 28 y 29), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 7 de abril de 1994, cuando solicitó su afiliación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, conforme se denota del formulario de afiliación visto a folio 31 del archivo PDF denominado “CONTESTACIÓN BEATRIZ ELENA BONILLA OCHOA” el cual se encuentra en medio magnético visible a folio 79, posteriormente, se afilió a COLFONDOS el 22 de agosto de 1997, conforme lo indica el reporte de ASOFONDOS visible a folio 33 del mencionado archivo PDF y, finalmente se afilió a PROTECCIÓN S.A. el 1 de junio del 2000 como lo denota el formulario visto a folio 32 del archivo PDF, afiliación que se encuentra vigente.

### **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A. el 1 de mayo de 1994, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual,

---

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

<sup>3</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanen de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento. Ahora bien, el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

Nada de lo anterior demostró la AFP PROTECCIÓN S.A., ya que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado, como tampoco lo es la permanencia en el tiempo en el

---

*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.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

RAIS, como lo pretende hacer ver COLPENSIONES sostenido en pronunciamientos jurisprudenciales que, luego, fueron debatidos por las salas permanentes de la CSJ para, en su lugar, seguir acogiendo los criterios pacíficos establecidos desde la Sentencia 31989. Por lo anterior, la AFP no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuánto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Ely del Pilar Cuello Calderón<sup>1</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: “*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*”.

Dado lo anterior, es evidente para La Sala que a BONILLA OCHOA no le fue suministrada la suficiente información que permitiera conocer las implicaciones de la afiliación al RAIS, por lo cual, ha de confirmarse la decisión en ese aspecto.

### **Devolución de los gastos de administración y cuotas de seguro previsional.**

Frente a la orden dictada a PROTECCIÓN S.A. de devolver los dineros cobrados por concepto de cuotas de seguro previsional, es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineeficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual la AFP deberá trasferir a COLPENSIONES todo concepto que recibió y/o descontó en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de cuotas de seguro previsional, sin que les sea aplicable el fenómeno de prescripción a dichos conceptos dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos de la actora no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la actora ni mucho menos de Colpensiones y se evita que exista una descapitalización del Sistema General de Pensiones. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos*

*pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

## COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN**. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

## DECISIÓN

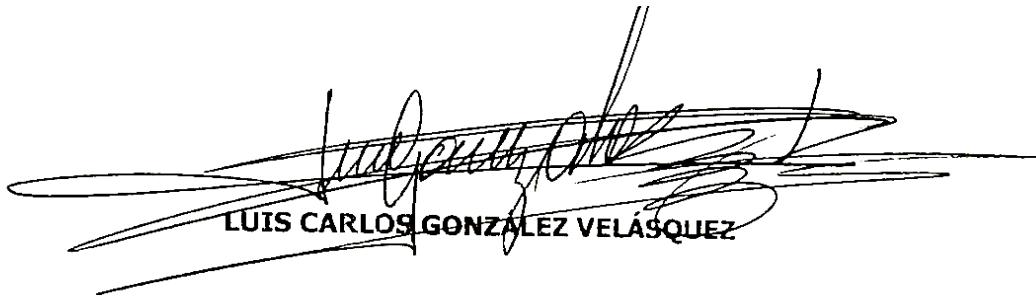
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

**RESUELVE**

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de febrero de 2022 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **COLPENSIONES y PROTECCIÓN**. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

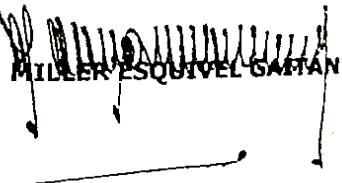
**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA CECILIA RAMÍREZ RODRÍGUEZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Rad. 2019 01124 01 Juz 01.**

En Bogotá D.C., a los siete días (7) de julio de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

MARÍA CECILIA RAMÍREZ RODRÍGUEZ demandó a la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 3 de febrero de 1959. Inició a laborar en el año 1974 época en la que se afilió al ISS donde cotizó un total de 934.43 semanas. A la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones contaba con 35 años de edad, por lo que es beneficiaria del régimen de transición. Se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR SA el 19 de enero de 2001. Al momento de la asesoría no se le informó de las consecuencias, ventajas y

desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro individual. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. La demandante desconocía su afiliación a la AFP PORVENIR, por lo que el 16 de mayo de 2007, solicitó un reporte de novedad sin obtener una respuesta favorable o desfavorable. Debido a lo anterior, a través de petición de fecha 8 de agosto de 2007, insistió en la irregularidad de la afiliación, la cual fue contestada AFP quien le manifestó que la vinculación había sido efectuada de forma “libre, espontánea y sin presiones”. Por otro lado, el 24 de octubre de 2007 elevó petición al ISS en la que solicitó información de los aportes a pensión durante toda su vida laboral y solicitó que se le resolviera la situación de multiafiliación presentada con PORVENIR S.A. El 29 de agosto de 2019, solicitó a Colpensiones la nulidad e ineeficacia del traslado de régimen que realizó con Porvenir S.A.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación a Porvenir y la solicitud de nulidad de traslado que fue negada.
- Formuló como excepciones de fondo; inexistencia del derecho y de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y genérica.

Mediante auto del 23 de septiembre de 2021 se tuvo por no contestada la demanda por parte de la **AFP PORVENIR.**

## **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo del 04 de marzo de 2022, en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS que se efectuó a través del traslado a la AFP PORVENIR el 19 de enero de 2001. Ordenó a la AFP Porvenir trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, bonos, rendimientos e intereses causados y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

## **Recurso de apelación**

**PORVENIR S.A.:** considera que no es procedente la declaratoria de nulidad pues el formulario de afiliación es válido y acorde a las exigencias normativas de la época del traslado, además de que se hizo de forma libre y voluntaria, aunado a que las razones sobre las cuales versa el presente litigio se limitan a expectativas financieras. Solicita que de confirmarse la decisión no se acceda a la devolución de los gastos de administración comoquiera que son sumas correspondientes a la contraprestación de la gestión de administración de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual del afiliado. Insiste en que la condena viola el principio de sostenibilidad financiera.

**COLPENSIONES:** solicita se revoque la decisión, toda vez que no fue demostrado vicio del consentimiento alguno en el acto jurídico de afiliación, además que la vinculación se realizó de forma libre y voluntaria. Señala que al momento del traslado no se exigía el cumplimiento del deber de información, pues dicho precepto se instauró con la Ley 1328 de 2008 por lo que exigir esta carga probatoria no está acorde con las leyes preexistentes en la época de la vinculación y desvirtúa el principio de confianza legítima. Resalta, que de confirmarse la decisión se ordene a Porvenir S.A., el traslado de todos los aportes que realizó la actora, junto con las cotizaciones, gastos de administración, rendimientos, frutos y demás sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual.

### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** solicita se confirme el fallo, teniendo en cuenta que las AFP demandadas en ningún momento brindaron a la actora la información precisa en la que se indicara los alcances positivos y negativos del traslado, no le entregaron actas y/o formatos en los que se informara el monto de la pensión que pudiera obtener en el Régimen de Prima Media y en los que se informara de manera precisa la diferencia en el pago de los aportes que se realiza al RAIS o que reflejaran la conveniencia o no de la eventual decisión de trasladarse y la declaración de aceptación de esta situación.

### **Parte demandada:**

- **COLPENSIONES:** Manifiesta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y Porvenir S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual tiene plena validez y la afirmación de falta de información alegada por la solicitante no fue probada en el presente litigio.
- **PORVENIR S.A.:** solicita se analicen las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineficacia del acto jurídico por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, como quiera que Porvenir S.A., 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 reitera 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 lo expuesto por la parte actora, en diferentes actos ejecutados por la parte demandante, pruebas que analizadas en conjunto y de manera crítica, sin duda exhiben el consentimiento informado, más allá del momento mismo del traslado.

## **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, la sostenibilidad financiera de Colpensiones y la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 29 de agosto de 2019 (expediente digital), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 19 de enero de 2001, cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir S.A.

### **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 19 de enero de 2001, diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (expediente digital), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces

<sup>1</sup> *Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario pre establecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Ely del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de

---

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

La Sala trae a colación la sentencia SL2817 de 2019, donde la CSJ adoctrinó que la demostración del consentimiento informado en el traslado o afiliación al RAIS está en cabeza del fondo de pensiones, al respecto dijo:

---

<sup>3</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

*"Corresponde a la AFP brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión y realmente libre sobre su futuro pensional" y por tanto demostrar su diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil; además porque aplicada la regla probatoria del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP [...] las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, lo que significa como aduce el cargo, que la carga de la prueba se invierte respecto de quien recae, es decir, que corresponderá a la contraparte demostrar el hecho indefinido".*

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, entidad que asumió la afiliación que hizo la demandante, puesto que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora, pero no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019). Ahora bien, el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia *CSJ SL 3871 de 2021*, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL

12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: “*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*”.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración impartida en contra de la AFP Porvenir, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha del 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, “*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*”, en consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, y los cuales no pueden ser susceptibles del fenómeno prescriptivo pues haría nugatorio el derecho pensional, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008<sup>4</sup>). En ese orden son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas

<sup>4</sup> “Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020<sup>5</sup>). No obstante, si bien los gastos de administración son deducciones autorizadas por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009, se tiene que, con relación a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado, es que las cosas vuelven a su estado anterior, la AFP tiene que asumir los efectos del acto ineficaz, comoquiera que la misma se generó como consecuencia del incumplimiento del deber de información a cargo.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la **confirmación** de la sentencia apelada.

## COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las demandadas. Fíjese el valor de un (1) SMMLV para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de marzo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

---

<sup>4</sup>. El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las demandadas. Fíjese el valor de un (1) SMMLV para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ VIDAL PÁEZ RODRÍGUEZ  
CONTRA LA NACIÓN MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO.**

**Rad 2020 00042 01 Juz. 5.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un días (31) de agosto de dos mil veintidós (2022),  
día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los  
términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**JOSÉ VIDAL PÁEZ RODRÍGUEZ** demandó a **LA NACIÓN MINISTERIO DE  
COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO** para que se profieran las declaraciones y  
condenas contenidas a folios 4 a 6 del archivo 001 expediente digital.

**PRINCIPALES**

- Se declare que LA NACIÓN MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO es responsable del pasivo pensional del extinto IFI – CONCESIÓN SALINAS y por tanto debe asumir sus obligaciones.
- Se declare que JOSÉ VIDAL PÁEZ RODRÍGUEZ tiene derecho a la pensión sanción del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 compatible con la pensión del RPM administrado por COLPENSIONES.
- Se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961.
- Pago del retroactivo a partir del 6 de julio de 2017.

- Intereses moratorios.
- En subsidio indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

## **SUBSIDIARIAS**

- Se declare que LA NACIÓN MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO es la entidad responsable del pasivo del extinto IFI – CONCESIÓN SALINAS y debe asumir las obligaciones de esta entidad.
- Se declare que el actor tiene derecho a la pensión establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 compartida con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES.
- Se reconozca y pague la pensión establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 compartida con la pensión del RPM administrado por COLPENSIONES.
- Se reconozca y pague el retroactivo a partir del 6 de julio de 2017.
- Intereses de mora.
- En subsidio indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita

Los hechos de la demanda se describen a folios 6 a 7 del archivo 001 del expediente digital. JOSÉ VIDAL PÁEZ RODRÍGUEZ nació el 6 de julio de 1957 y laboró para el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL – IFI- CONCESIÓN SALINAS entre el 10 de marzo de 1979 y el 27 de diciembre de 1993 para un total de 14 años 9 meses y 18 días como trabajador oficial. El IFI CONCESIÓN SALINAS emitió un comunicado general con destino a los funcionarios de la entidad, señalando la situación económica de la empresa con lo que se produjo una desvinculación masiva y sin justa causa de varios trabajadores entre ellos el demandante, quien no tuvo posibilidad de negociar la continuidad del vínculo laboral y como consecuencia de lo anterior, el demandante fue desvinculado sin justa causa y constreñido a negociar la finalización del contrato de trabajo. Cita el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 para indicar que a partir del 6 de julio de 2017 el actor cumplió los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión allí establecida, atendiendo que su desvinculación fue sin justa causa. Mediante Resolución GNR 29866 del 25 de enero de 2017 modificada por la Resolución SUB 45903 del 23 de febrero de 2018 se reconoció a PÁEZ RODRÍGUEZ la pensión de vejez por actividad de alto riesgo, la cual tiene una fuente jurídica diferente de la prestación reclamada. El 23 de octubre de 2018 mediante consecutivo 1-2018-027400 el actor radicó solicitud de

reconocimiento pensional ante LA NACIÓN MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO, la que fue negada y comunicada por medio de oficio GDPP-0181 radicado 2-2018-029238 del 29 de noviembre de 2018.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad el 6 de octubre de 2020 (archivo 1. fl. 27), notificadas la demandada y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo, contestó la demanda LA NACIÓN MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO (fls. 30 a 43) en los siguientes términos:

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la vinculación del actor con el IFI CONCESIÓN SALINAS por un término de 14 años 9 meses y 18 días como trabajador oficial, el reconocimiento de la pensión por COLPENSIONES, la reclamación ante LA NACIÓN MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO y la respuesta negativa.
- Formuló como excepciones previas las de conciliación suscrita y firmada con verdaderos efectos de cosa juzgada legal y constitucional sin presencia de vicio alguno; prescripción del derecho y falta de conformación del litis consorcio necesario – vinculación de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.
- Como excepciones de mérito propuso; inexistencia de la obligación, ausencia de consolidación del derecho, solicitud expresa de declaratoria de compatibilidad pensional, inexistencia de la obligación de pago de intereses moratorios, compensación y buena fe.

En audiencia del 20 de octubre de 2021 se declararon no probadas las excepciones previas propuestas por la demandada sin que contra esta decisión se interpusiera recurso alguno. Igualmente, en la audiencia del artículo 77 del C.P.T. se negó la práctica de las pruebas testimoniales por existir prueba documental al respecto (acta de conciliación) sin que la parte demandante presentara recurso contra esa decisión.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de octubre de 2021 (acta fl. 241 a 243 audiencia archivo 05) puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación; absolvió al MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO de todas y cada una de las pretensiones de la demanda formuladas por el señor JOSÉ VIDAL PÁEZ RODRÍGUEZ y condenó en costas al demandante.

Llegó a esta determinación al observar que en la demanda se indicó que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa, posteriormente en los alegatos y conforme a la documental aportada por la demandada, la parte actora manifiesto que la conciliación era nula por vicios del consentimiento; sin embargo, conforme al acta de conciliación se demostró en el proceso que la terminación del contrato se dio por retiro voluntario (decisión libre y voluntaria) del actor ante el Inspector del Trabajo, por lo que no había lugar a la prosperidad de la pretensión fundamentada en la terminación del contrato sin justa causa; situación que se ocultó por la parte actora en el proceso por lo que el jue le llamó la atención a la demandante ese aspecto. Adicionalmente, tuvo en cuenta que el actor no cumplió los requisitos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, pues no cumplió con el tiempo laborado en el caso de retiro voluntario, ya que el demandante laboró 14 años y 9 meses, conforme al acta de conciliación y demás pruebas documentales que obran en el expediente, y requería cumplir 15 años de servicios, por tanto, no causó el derecho para que se le reconozca la pensión sanción y condenó en costas a la parte actora.

### **Recurso de Apelación**

**La parte actora** Interpuso recurso de apelación manifestando que el actor laboró 14 años, 9 meses y 18 días y que IFI SOLUCIÓN SALINAS con pretexto de un proceso de liquidación inició un plan de retiro voluntario sin brindar a los trabajadores la oportunidad de continuar laborando a sabiendas que a muchos les faltaban algunos meses para cumplir los 15 años de servicios. Acepta que el actor firmó un acta de conciliación, pero ésta tuvo vicios de consentimiento ya que el demandante no tuvo la oportunidad o el tiempo para decidir, pues fue prácticamente obligado a renunciar voluntariamente y ante la falta de conocimiento no tuvo otra opción que aceptar y llevarse algunos beneficios o lo despedían. Aceptó el acuerdo por tener obligaciones

que cumplir, la demandada no dejó de funcionar en 1993 sino que duró muchos años después y había podido permitir que el actor laborara los 3 meses que le faltaban, pero en su lugar lo incitó a firmar una terminación antes de tiempo para evitar dar cumplimiento a la norma, lo que configuró un despido sin justa causa y por tanto el actor tenía derecho a la prestación que se reclama a partir del 6 de julio de 2017. En consecuencia, solicita el reconocimiento de la pensión, la cual es compatible con la reconocida por COLPENSIONES.

### **Alegatos ante este Tribunal**

**Parte demandante:** Indicó que fue constreñido a culminar su relación laboral con la demandada, pero que, ya que el A quo negó la práctica de testimonios no se pudo demostrar dicha situación, hizo referencia al tiempo trabajado para el IFI y el momento en el que se suscribió el acta de conciliación y las acciones tomadas por la demandada para evitar que el actor conociera su derecho. Por último, adujo que dicha prestación solicitada en el curso del proceso no es incompatible con la prestación obtenida a través del sistema general de pensiones y pidió la revocatoria de la decisión.

**Parte demandada:** Los mismos fueron allegados solamente al correo del Despacho y no al correo de la Secretaría de la Sala Laboral como se ordenó en el auto que admitió el recurso, por lo cual, la Sala se abstiene de tenerlos en cuenta.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*". En ese orden, se procede a analizar, si el actor tiene derecho a que se le reconozca y pague la prestación que persigue con esta demanda.

Lo primero a tener en cuenta es que no fue objeto de controversia que el demandante laboró para el IFI-CONCESIÓN SALINAS por un periodo de 14 años, 9 meses y 18 días. El objeto del litigio se concentró en que el demandante fue despedido sin justa causa, toda vez que la demandada, según su manifestación, lo obligó o coaccionó para suscribir un acuerdo conciliatorio por retiro voluntario sin

brindarle la oportunidad de tomar un tiempo para decidir si le convenía o no suscribir la conciliación.

Respecto a este punto de apelación, es necesario tener en cuenta que conforme a las pretensiones de la demanda no se solicitó la nulidad o ineficacia de la conciliación suscrita entre las partes como tampoco que se declarara el despido sin justa causa, por lo que no es posible el estudio en esta instancia de tales ítems, al tratarse de una pretensión nueva que no se presentó en la demanda. Sin embargo y en gracia de discusión, teniendo en cuenta que en los hechos del libelo manifestó el actor que no tuvo posibilidad de negociar la continuidad del vínculo laboral y como consecuencia de lo anterior, el demandante fue "*constreñido a negociar la finalización del contrato*", se analizará este aspecto.

En cuanto a la forma en que terminó el vínculo laboral, fue aportado por la demandada (archivo 1 folio 56 a 59) el acta de conciliación suscrita por las partes ante la Inspección de Trabajo de Bogotá el día 7 de enero de 1994, conforme la cual, las partes aceptaron la existencia de un contrato de trabajo entre el 10 de marzo de 1979 y el 27 de diciembre de 1993, que terminó por mutuo acuerdo, el que se configuraba por la aceptación del trabajador del plan de retiro voluntario propuesto por el IFI CONCESIÓN SALINAS; motivo por el que adicionalmente a la liquidación de sus acreencias laborales, recibió la suma de \$10.937.433,84 como bonificación por la conciliación.

Argumenta el demandante que no tuvo la oportunidad de analizar le sí era o no conveniente la suscripción del mencionado acuerdo y por el contrario fue obligado a firmarlo. Frente a la oportunidad de analizar la propuesta que hacía en su momento la empleadora, se observa que la comunicación aportada por el actor y que hace mención a la crisis financiera que enfrentaba la entidad, fue dirigida al demandante y se le planteó el plan de retiro voluntario, ella tiene fecha del 10 de octubre de 1992, y como ya se relacionó anteriormente, el acta de conciliación suscrita entre las partes tiene fecha 7 de enero de 1994, de lo que se concluye que la entidad ofreció a sus trabajadores un plan de retiro voluntario y para quienes no desearan acogerse a él se les haría la indemnización conforme a la Ley, pero no lo fue de manera inmediata, por lo que no es de recibo el fundamento de la apelación, pues es claro que PÁEZ RODRÍGUEZ contó con el tiempo suficiente para consultar si le convenía o no tal suscripción.

Respecto a que el demandante fue obligado a firmar la conciliación, no se aportó al proceso prueba alguna de ello y si bien en la demanda se había solicitado la práctica de prueba testimonial, lo cierto es que esta no fue decretada en la audiencia, sin que el actor hiciera manifestación alguna de inconformidad y por lo tanto la decisión quedó en firme, por lo que quedó supeditada a la prueba documental que se aportó al proceso.

Por otra parte, respecto a que el IFI – SOLUCIÓN SALINAS continuó funcionando y había podido darle la oportunidad al actor de laborar los meses que le hacían falta para cumplir el requisito de 15 años de servicios que exige el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, esta una manifestación de la apoderada sin un fundamento que lo respalte, adicionalmente, se observa por La Sala que en el comunicado antes mencionado de oferta de retiro voluntario, se indica claramente que el IFI – CONCESIÓN SALINAS solicitó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social permiso para cerrar varios centros de producción, el cierre parcial y reducción de personal de los demás centros de producción, por lo que en ningún momento se indicó que se haría un cierre definitivo y total no se allegó prueba que permitiera concluir que podía ser trasladado a otra sede o que sus funciones pudiera desempeñarlas en otro de los centros que se mantendrían abiertos o que el actor lo hubiera solicitado. Por último, si el demandante consideraba que con la decisión de aceptar la oferta de retiro voluntario se habían vulnerado sus derechos, debió solicitar la nulidad o ineeficacia de la conciliación como en efecto se lo hizo saber el A quo, lo que no hizo.

Pero, aunado a lo anterior, es claro que conforme al artículo 8 de la Ley 171 de 1961 se requería para que el actor tuviera derecho a la pensión deprecada, haber prestado sus servicios por 15 años o más, toda vez que en este caso el retiro fue voluntario, requisito que no acreditó el actor, pues conforme a la documental aportada laboró por un término de 14 años 9 meses.

Suficientes resultan estas consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de quinientos mil pesos m/te (\$500.000).

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida el 20 de octubre de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. – COSTAS.** - Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de quinientos mil pesos m/te. (\$500.000).

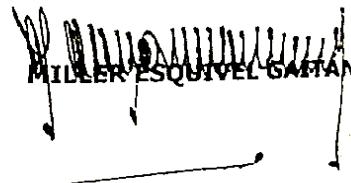
## NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NANCY CONSUELO VELÁSQUEZ DE GUTIÉRREZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2020 00277 01 Juz 08.**

En Bogotá D.C., a los siete (7) días de julio de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

NANCY CONSUELO VELÁSQUEZ DE GUTIÉRREZ demandó a la AFP PROTECCIÓN S.A., AFP SKANDIA, COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 20 de agosto de 1954. Comenzó a cotizar al ISS desde el 26 de septiembre de 1994 hasta el 31 de agosto de 1996. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Old Mutual (hoy Skandia S.A.) el 1º de septiembre de 1996. Posteriormente se vinculó a Colfondos

S.A. el 23 de junio de 1998 y a la AFP Protección el 1º de noviembre de 2006. Al momento de las respectivas asesorías no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro individual. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo de la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. La demandante cotizó al ISS 98.71 semanas. En la actualidad cuenta con un total de 1283 semanas cotizadas en el transcurso de su vida laboral. El 4 de junio de 2020 radicó ante Colpensiones, solicitud de nulidad y activación de la afiliación al RPM, manifestando que había existido vicio del consentimiento al momento de vincularse al RAIS. Colpensiones dio respuesta, comunicando que la petición era improcedente.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,**  
en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, las cotizaciones efectuadas al ISS, las semanas cotizadas en el RPM, el derecho de petición presentado ante Colpensiones, la respuesta de Colpensiones a la solicitud radicada por la actora.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

**COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,** contestó como consta en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones en contra de Colfondos S.A., a las demás ni se opone o allana.

- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación efectuada a la AFP Colfondos, la solicitud nulidad de la afiliación y la respuesta de Colfondos S.A. a la solicitud de la demandante.
- No propuso excepciones de mérito.

**PROTECCIÓN S.A.**, contestó en los siguientes términos;

- Se opuso a las pretensiones
- En cuanto a los hechos aceptó; la falta de información al momento de la asesoría sobre las ventajas de permanecer en el RPM, la falta de información de las diferentes alternativas de elección de régimen pensional, la ausencia de simulación pensional al momento de la asesoría, la afiliación efectuada a Protección S.A., la densidad de semanas cotizadas, el promedio salarial base de cotización, las herramientas de información brindadas en la asesoría, la solicitud radicada a Protección S.A., la respuesta de la AFP a la petición de la actora y el total de semanas cotizadas en la actualidad.
- Formuló como excepciones de mérito; 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, 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, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y genérica.

**SKANDIA S.A.**, dio su contestación tal y como se puede observar en la contestación de la demanda visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones
- No aceptó ninguno de los hechos
- Formuló como excepciones de mérito; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia S.A. no participó ni intervino en el momento de selección de régimen ni el traslado de fondo, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia

de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineffectiva del traslado del demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Old Mutual (hoy Skandia S.A.) el 30 de agosto de 1996. Ordenó a Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, bonos, rendimientos e intereses causados y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

### **Recurso de apelación**

**SKANDIA S.A.:** Solicita revocar la condena de la devolución de los gastos de administración, comisiones y demás sumas, comoquiera que resulta improcedente, pues dichos rubros no forman parte del patrimonio de la AFP, por el contrario, son sumas destinadas al cubrimiento de pólizas de seguros de invalidez, vejez y muerte, por lo tanto, la presente condena genera un detrimiento financiero no solo para el fondo pensional, sino también para el Régimen de Ahorro Individual. Manifiesta que, de confirmarse la decisión, se revoque la orden de la indexación, pues pese a que obedece a un criterio jurisprudencial no se puede imponer una doble condena para suplir la devaluación de la moneda que ya fue cubierta con el traslado de los rendimientos. Indica que las primas de seguro previsional son susceptibles del fenómeno prescriptivo que rige a los contratos de seguros.

**AFP PROTECCIÓN:** Solicita se revoque la decisión respecto al numeral tercero en lo que tiene que ver con la devolución de los gastos de administración, toda vez que estas sumas son una comisión que proviene de los procesos de los afiliados, los cuales generan un cobro adicional y están autorizados por la Ley 100 de 1993 con

destino a cubrir las contingencias y realizar la administración de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Señala que la anterior condena genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. El formulario de afiliación permite vislumbrar que la afiliación fue realizada de forma libre y voluntaria junto con la plena ratificación de permanecer afiliada en el RAIS, además resulta imposible devolver las sumas que ya fueron pagadas previamente a la aseguradora, la cual obra como un tercero ajeno de buena fe al acto de afiliación. Respecto a la exigencia de la carga probatoria en cabeza de la AFP, insiste en que es la demandante quien tiene el deber de probar los perjuicios que reclama en el libelo de mandatorio. De acuerdo a las primas de seguro previsional opera el fenómeno prescriptivo, ya que son sumas que se van descontando en la medida que se cumple la obligación.

**Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** Afirma que existe la obligatoriedad de un consentimiento informado, en tanto que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, conforme a la línea jurisprudencial. De otra parte, reitera que los fondos pensionales no demostraron que otorgaron una información amplia, clara, precisa y suficiente de las ventajas y desventajas de ambos regímenes.

**Parte demandada**

- **COLPENSIONES:** No es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante la señora NANCY CONSUELO VELASQUEZ DE GUTIERREZ y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el

respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media.

- **PROTECCIÓN S.A.:** guardó silencio en esta etapa procesal.
- **AFP COLFONDOS:** guardó silencio en esta etapa procesal.
- **SKANDIA S.A.:** señala que no es posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de comisión de administración, dado que se destina una parte a pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte y la otra parte, para sufragar los gastos de administración, de ahí que parte del mencionado porcentaje, ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora, por tanto, no se encuentra en las arcas de la AFP. Igualmente, no sería posible reintegrar el porcentaje descontado por comisión de administración, teniendo presente que dichos recursos fueron utilizados en la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

## **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional, el enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, la prescripción de las primas de seguro previsional y la descapitalización del sistema general de pensiones.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 4 de junio de 2020 (expediente digital), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

## **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al RAIS desde el 11 de enero de 2006 cuando solicitó su vinculación a la AFP Protección S.A. (expediente digital), luego de haber estado afiliada a Colfondos S.A. desde el 8 de junio de 1998 (expediente digital) y la AFP Skandia a partir del 30 de agosto de 1996 (expediente digital).

## **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 30 de agosto de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Old Mutual (hoy Skandia, S.A.) (expediente digital), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario pre establecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Ely del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación,

---

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Sin embargo, las demandadas no acreditaron haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, pese a que también fue allegada la solicitud de afiliación (expediente digital) consignada con la firma de la demandante, no es prueba suficiente para probar un consentimiento debidamente informado, pues no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

La AFP Skandia, se limitó a manifestar que brindó una asesoría clara, precisa y suficiente en cuanto a las ventajas y desventajas del traslado y que cumplió con las previsiones del Dto. 692 de 1994. Sin embargo, no encuentra esta Sala la realización de proyección de mesada pensional, tampoco el cálculo de la tasa de reemplazo en una y otra administradora y el calculó del IBL de la demandante. Información que

---

<sup>3</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

debió ser suministrada al momento del traslado, no posterior al mismo, como quiera que es un elemento que permite inferir el cabal cumplimiento del deber de información, al ilustrar al afiliado para que tomara la decisión más óptima aplicable a su caso en particular. Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de brindar características generales de cada régimen pensional o trasladarse de AFP, pues contar con tal información sin la proyección real del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Es preciso recordar que el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, pues se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

### **Devolución de los gastos de administración**

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía la actora en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en contra de la administradoras de fondos de pensiones demandadas, es preciso indicar tal como lo indica la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "El efecto de la declaratoria de la ineeficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás , es decir, la sentencia que en tal

*sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*”, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba trasferir por parte de Skandia S.A. a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones, de la cual no se desconoce su injerencia como tercero ajeno al acto de afiliación, pero que pese a ello debe recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020<sup>4</sup>) y evitar un enriquecimiento sin justa causa.

### **Indexación**

Respecto a la condena de la devolución de los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del afiliado, debidamente indexados, es de precisar que la misma no procede como quiera que en la orden de devolver todas las sumas de dinero causadas por motivo de la afiliación de la demandante al RAIS se entiende que con ellas se garantiza la actualización de esos rubros.

### **Prescripción**

En relación con el argumento de las recurrentes, en cuanto a que la devolución de los valores por concepto de primas de seguro previsional se encuentra sujetos a la prescripción, La Sala advierte que no acoge los argumentos expuestos, toda vez que estos se deducen de los aportes efectuados por el afiliado y son destinados a la administración de los recursos, de ahí que se espera recibir como contraprestación

<sup>4</sup> *El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.*

el pago de una suma adicional para que así se pueda financiar la pensión que se llegue a reconocer en el RPM. Contrario a lo afirmado por la administradora de pensiones, dichos valores no pueden someterse a la prescripción de las acciones laborales, ya que haría nugatorio el derecho pensional que es de carácter imprescriptible.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la modificación de la sentencia apelada únicamente en lo que respecta a la indexación alegada, la cual se revoca.

## COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las demandadas recurrentes. Fíjense la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho para cada una de ellas.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. - MODIFICAR** los ordinales tercero y cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de marzo de 2022, los cuales quedaran así:

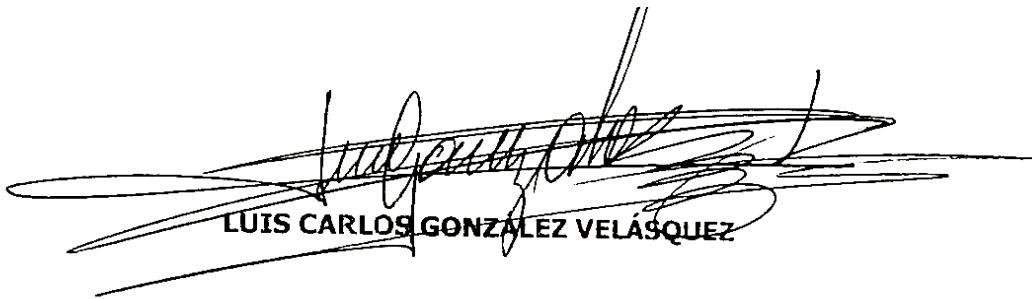
**TERCERO: CONDENAR** a la demandada **PROTECCIÓN** a devolver a **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora **NANCY CONSUELO VELÁSQUEZ DE GUTIÉRREZ**, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones de que trata título 1747 del código civil, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado.

**CUARTO: CONDENAR** a las demandadas *COLFONDOS* y *OLD MUTUAL*, ahora *SKANDIA* devolver a *COLPENSIONES* todas las sumas que hubiera recibido por concepto de cuotas de administración correspondientes a los períodos en que efectivamente estuvo afiliada a la demandante en cada una de dichas AFP.

**SEGUNDO.** - En lo demás se confirma la sentencia.

**TERCERO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las apelantes. Fíjense la suma de Un millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho para cada una de ellas.

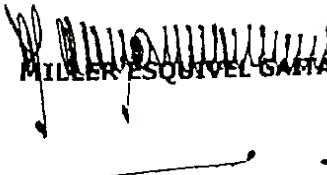
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ENRIQUE GARRIDO TORRECILLA  
CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2020 – 00378 01. Juz. 24.**

En Bogotá D.C., a los siete (7) días de julio de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

ENRIQUE GARRIDO TORRECILLA demandó a la AFP PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 16 de agosto de 1955. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 25 de febrero de 1996. Inicialmente el actor había cotizado un total de 543 semanas en el ISS. En la actualidad cuenta con una densidad de 1700 semanas cotizadas en toda su vida laboral. Al momento del traslado no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del cambio de régimen. No se le realizó una comparación de los dos sistemas pensionales, ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó una proyección de su mesada

pensional, no se le dijo nada de la disminución que se vería reflejada en el monto de la mesada, o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. El 30 de septiembre de 2020, presentó reclamación administrativa a Colpensiones para solicitar la ineficacia del traslado.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, la solicitud de nulidad de traslado y la comunicación de Colpensiones.
- Formuló como excepciones de mérito; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, un error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (*acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política*), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica.

**PORVENIR S.A.**, contestó como consta en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante y la solicitud de ineficacia del traslado ante Porvenir S.A.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 10 de marzo de 2022, en la que dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS de fecha 25 de febrero de 1996, declaró que para todos los efectos GARRIDO TORRECILLA nunca se vinculó al RAIS, ordenó a PORVENIR que traslade a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 del CC, esto es, rendimientos causados y gastos de administración, también ordenó a Colpensiones a recibir al actor, actualice y corrija su historia laboral una vez reciba los dineros que debe trasladar PORVENIR. Llegó a esa determinación en síntesis al advertir que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento del traslado de régimen.

### **Recurso de apelación**

**PORVENIR S.A.:** señala que la AFP cumplió con las exigencias contempladas en la normatividad vigente al momento del traslado en virtud del Decreto 663 de 1993, el formulario de afiliación fue firmado de forma libre y voluntaria conforme lo prevé el Decreto 692 de 1994. Indica que si bien en el interrogatorio de parte se adujo que el cambio obedeció a que el ISS se iba a acabar lo que se busca con el proceso es que se efectúe el cambio para que el actor pueda mejorar su mesada pensional. Insiste en que su afiliación es válida, solicita se revoque la orden de devolver los gastos de administración como quiera que los mismos obedecen a descuentos legales, ya se causaron e invirtieron además de que esa orden atenta contra el principio de la sostenibilidad financiera.

**COLPENSIONES:** Pide se revoque la sentencia, considera que el deber de información se validó con el paso del tiempo. La Ley 100/93 no requiere que se deban hacer comparaciones o simulaciones pensionales. Indica que se debe tener en cuenta la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues el demandante solicitó la nulidad hasta los 59 años de edad y no es posible retrotraer los efectos jurídicos de un acto jurídico del cual se debió informar el actor como usuario del sistema general de pensiones. Resalta que Colpensiones actúa

como tercero ajeno al acto de afiliación lo que lo hace un tercero de buena fe. Finalmente, precisa que el demandante nunca estuvo afiliado al RPM por medio de Colpensiones.

### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Guardó silencio en esta etapa procesal.

#### **Parte demandada:**

- **PORVENIR S.A.:** señala que la relación entre la demandante y las administradoras del RAIS en virtud de su condición de afiliado fue de carácter administrativo, que se manifiesta en varias relaciones jurídicas derivadas, siendo la más importante de ellas la que une al usuario con la administradora de pensiones y con las prestaciones, sin que de ninguna manera pueda considerarse que frente al afiliado existe una posición dominante que inexorablemente coloque en una mejor situación a la administradora al momento de llevarse a efecto la vinculación, por cuanto no se está discutiendo un contrato y por ello no es posible negociar las condiciones y efectos de la afiliación, pues estos están impuestos por la ley. Asimismo, considera que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento.
  
- **COLPENSIONES:** no se pronunció en esta etapa procesal.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineffectuacía del traslado de régimen y la devolución de los gastos de administración.

## **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende del derecho de petición radicado el 30 de septiembre de 2020 (expediente digital), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional del actor**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 25 de febrero de 1996, cuando solicitó su vinculación a la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.) (expediente digital).

### **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir S.A., el 25 de febrero de 1996 (expediente digital), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces

---

<sup>1</sup> *Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario pre establecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Ely del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado

---

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Ahora bien, el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, pues para ello, se puede hacer uso de cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

---

<sup>3</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

La Sala, también trae a colación la sentencia SL 2817 de 2019 de la CSJ, donde adoctrinó que la demostración del consentimiento informado en el traslado o afiliación al RAIS está en cabeza del fondo de pensiones, al respecto dijo:

*"Corresponde a la AFP brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión y realmente libre sobre su futuro pensional" y por tanto demostrar su diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil; además porque aplicada la regla probatoria del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP [...] las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, lo que significa como aduce el cargo, que la carga de la prueba se invierte respecto de quien recae, es decir, que corresponderá a la contraparte demostrar el hecho indefinido".*

Nada de lo anterior demostró la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la cual asumió la afiliación efectuada por la demandante en el RAIS, sin que la simple suscripción del formulario sea prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado. La AFP no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019). Ahora, el hecho de que la actora reconociera que Porvenir le informó algunas de las características del régimen de ahorro individual no es lo suficientemente relevante si se tiene en cuenta que tal información sin una proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, ya que es evidente que en la actualidad las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón<sup>1</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no

con posterioridad (sin que el término de permanencia en el RAIS sea decisivo para validar el deber de información a cargo de las AFP, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: “*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*”.

### **Devolución de los gastos de administración**

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

*[...]*

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

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez de ordenar a la AFP Porvenir de devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como ésta es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual del demandante, es la llamada a

asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de sostenibilidad financiera.

De otra parte, la afirmación de Colpensiones respecto de la falta de cuidado del actor como consumidor financiero, resulta desacertada comoquiera que la Ley 1328 de 2009 en su artículo 3º, establece: "**Artículo 3º. Principios.** Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes: a) **Debida Diligencia.** Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas. Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros".

Conforme a lo anterior, es claro que al efectuar la afiliación se debe recibir de parte de los fondos de pensiones la información clara, suficiente, oportuna, verificable y veraz que permita al afiliado contar con una amplia comprensión e interpretación de la información suministrada, y en virtud de las obligaciones reciprocas que surgen de la relación entre entidades que proporcionan un servicio o producto y el consumidor financiero, no se puede exigir diligencia al usuario, si quien se encuentra en ventaja con el manejo de la información no brindo si quiera las herramientas necesarias para ofrecer el debido asesoramiento en el servicio ofrecido.

Ahora bien, de acuerdo con la alzada acerca del régimen pensional en el que se encontraba afiliado Garrido Torrecilla antes del traslado al RAIS (*25 de febrero de 1996*) se debe precisar que el demandante realizó aportes al Régimen de Prima Media administrado por CAJANAL por 12 años, tal como se advierte del formulario

de afiliación, en el que se marcó la casilla “**traslado de régimen**” momento para el cual se desempeñaba como escribiente en la Rama Judicial, tal como se corrobora en la siguiente imagen:

<b>HORIZONTE</b> PENSIONES Y CESANTIAS SA.		SOLICITUD DE VINCULACION			No. 466188	
Ciudad / Departamento <i>Hempox, Bolívar</i>	Vinculación inicial <input type="checkbox"/>	Fecha de diligenciamiento 90 02 23	Uso interno <i>250040</i>			
Vinculación inicial <input type="checkbox"/>	Traslado de AFP <input type="checkbox"/>	AFP anterior <i>Cajanal</i>	Entidad administradora anterior <i>Cajanal</i>			
INFORMACION DEL TRABAJADOR						
Número documento de identidad <i>9263.169</i>	TI <input type="checkbox"/> CC <input checked="" type="checkbox"/> CE <input type="checkbox"/>	Franja de cotización <i>550.816</i>	Nacionalidad <i>Colombiano</i>	Apellidos <i>Garrido Torrecilla</i>	Nombre(s) <i>Enrique</i>	
Primer apellido <i>Garrido</i>	Segundo apellido <i>Torrecilla</i>	Ciudad o Municipio <i>Hempox</i>	Departamento <i>Bolívar</i>	Telefono <i>855223</i>		
Dirección residencia <i>Cra 3 # 14-27</i>	Dirección donde labora <i>Nro Palacio de Justicia cr 27 # 17-01</i>	Ciudad o Municipio <i>Hempox</i>	Departamento <i>Bolívar</i>	Telefono <i>856013</i>		
Envío correspondencia: Residencia <input checked="" type="checkbox"/>	Oicina <input type="checkbox"/>	Apartado aéreo <input type="checkbox"/>	Número <i>12</i>	TIPO DE TRABAJADOR		
Independiente <input type="checkbox"/>	Dependiente <input checked="" type="checkbox"/>	I.S.S. <input type="checkbox"/>	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	CAJAS <input type="checkbox"/>	TIEMPO TOTAL DE COTIZACION ANOS <i>12</i>	
INFORMACION VINCULO LABORAL ACTUAL						
Ocupación o cargo actual del empleado <i>Escribiente</i>	EMPLEADOR (1)			SALARIO O INGRESO MENSUAL <i>\$ 413.045</i>		
Número de identificación <i>800165831-4</i>	NE <input type="checkbox"/> CC <input type="checkbox"/> CE <input type="checkbox"/>	NOMBRE O RAZÓN SOCIAL DEL EMPLEADOR <i>Administración Social Judicial</i>	Ciudad o Municipio <i>Hempox</i>	Departamento <i>Bolívar</i>	Telefono <i>856013</i>	
Dirección correspondencia empleador <i>Nro Palacio de Justicia cr 27 # 17-01</i>	EMPLEADOR (2)	CARTAGENA BOLIVAR 6642455			SALARIO O INGRESO MENSUAL	
Ocupación o cargo actual del empleado						

Así las cosas, y como el art. 4<sup>4</sup> Decreto 2196 de 2009 dispuso que los afiliados cotizantes a CAJANAL debían ser trasladados al ISS, resulta claro que en este momento el traslado del actor debe realizarse con COLPENSIONES tal y como fue ordenada en la sentencia de primera instancia recurrida.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la **confirmación** de la sentencia apelada.

## COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las apelantes. Fíjese el valor de un (1) SMMLV para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho para cada una de ellas.

<sup>4</sup> Artículo 4º. Del traslado de afiliados. La Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de marzo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las apelantes. Fíjese el valor de un (1) SMMLV para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho para cada una de ellas.

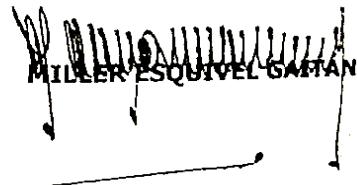
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESCRIVÉ GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE AMED ORLANDO MUNEVAR GUTIERREZ CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2020 – 00388 01.**

**Juz. 19.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**AMED ORLANDO MUNEVAR GUTIERREZ** demandó a la **AFP PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 4 y 5 del archivo PDF unificado que se encuentra en el expediente digital.

- Ineficacia de la afiliación y traslado efectuado en marzo de 1999 entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, subsidiariamente solicitó la nulidad de la afiliación.
- Validez de la afiliación ante el ISS hoy COLPENSIONES.
- Traslado de aportes.
- Aceptación de la afiliación en el RPM, recibo de aportes y actualización de historia laboral.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 y 4 del archivo PDF unificado que se encuentra en el expediente digital. Nació el 8 de junio de 1965, se afilió al ISS en enero de 1988 y permaneció allí hasta marzo de 1999, tiempo en el cual cotizó 371

semanas. En mayo de 2005 un asesor de PORVENIR lo persuadió para que se traslade de régimen, sin embargo, no le brindó ninguna asesoría respecto las características o el funcionamiento del RAIS, más allá de decirle que el ISS se iba a acabar, por lo que perdería sus ahorros. A corte de septiembre de 2020 había cotizado 977 semanas en ambos regímenes, solicitó ante la AFP la autorización de traslado de aportes hacia COLPENSIONES, no obstante, el 27 de marzo de 2020 le resolvieron negativamente su petición, misma misiva en la que le indicaron que conforme a la proyección pensional efectuada su mesada pensional sería de \$877.803. Presentó el 14 de febrero de 2020 solicitud de reintegro ante COLPENSIONES, entidad que a la fecha de presentación de la demanda no había sido resuelta; indicó que es consciente que le faltan semanas de cotización y siete años para lograr la prestación de vejez, por lo tanto, sabe que si está afiliado al RPM puede cotizar por un salario mayor y así mejorar su IBL al momento del reconocimiento de la pensión.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 04 de marzo de 2021 (Fl. 14) y corrido el respectivo traslado, las llamadas a juicio contestaron como se muestra a continuación:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** en los términos del escrito visible a folios 1 a 38 del archivo PDF 3.1 que se encuentra en la carpeta 3 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del actor y la reclamación administrativa presentada por el demandante.
- Formuló como excepciones de mérito; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

**La AFP PORVENIR S.A.,** dio respuesta visible a folios 1 a 26 del archivo PDF 4.2 que se encuentra en la carpeta 4 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.

- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 11 de marzo de 2022 (Acta Fls. 50 a 52) mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

**"PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA del traslado del señor **AMED ORLANDO MUNEVAR GUTIERREZ**, identificado con C.C. No. 80.363.493, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, identificada con NIT 800.144.331-3, realizado el día 22 de mayo de 2006, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculado al demandante **AMED ORLANDO MUNEVAR GUTIERREZ**, identificado con C.C. No. 80.363.493, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 28 de enero de 1988, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, identificada con NIT 800.144.331-3 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor **AMED ORLANDO MUNEVAR GUTIERREZ** identificado con C.C. No. 80.363.493, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

**CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones principales incoadas en su contra.

**QUINTO:** Sin costas en esta instancia.

**SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA.**"

Llegó a esta determinación por cuanto PORVENIR no acreditó que haya cumplido con el deber de información conforme las reglas fijadas por la jurisprudencia de la SL CSJ y, dado que simplemente se allegó el formulario de afiliación firmado por el

actor para acreditar el cumplimiento del mencionado deber no se puede entender que solo con la firma de dicho documento se crea que el demandante conocía todas las características del RAIS. Respecto del interrogatorio de parte absuelto por Munevar Gutiérrez tampoco se puede extraer confesión que acredite la tesis de Porvenir de que si se le informó adecuadamente, por cuanto si bien le indicaron algunas de las características del RAIS, no le explicaron las condiciones para acceder a ellas, el funcionamiento de ambos regímenes y la forma en que podía obtener la pensión anticipada, por lo que solo brindó una información parcial y conveniente a sus intereses, pero no a los intereses del actor. Sobre la excepción de prescripción indicó que la declaratoria de ineffectuación de la afiliación es imprescriptible conforme lo ha mencionado la CSJ, además, que los derechos derivados de dicha declaratoria hacen parte del derecho fundamental a la seguridad social, el cual también es imprescriptible. Decidió no condenar en costas a ninguna de las partes.

### **Recurso de apelación**

**COLPENSIONES:** Indicó que el traslado fue válido conforme a la normativa vigente para la época, situación que se acredita con la suscripción y firma del formulario de afiliación, por lo que, no es posible declarar una ineffectuación de la afiliación a la luz de normas posteriores, lo que genera una vulneración al debido proceso de Colpensiones. Indicó que el actor lleva más de veinticinco años afiliado al RAIS, por lo que su retorno al RPM constituye una afectación grave al principio de sostenibilidad financiera de Colpensiones, ya que los recursos trasladados son insuficientes para solventar la prestación. Hizo referencia a la prohibición de la Ley 797/2003, en la que se encuentra inmerso el actor, solicitó en caso de confirmación de la decisión que se mantenga la orden emitida a PORVENIR de la devolución de todas las sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del actor junto con las cuotas de administración y pidió que se adicione la sentencia en cuanto se condicione el cumplimiento de las obligaciones a cargo de Colpensiones hasta tanto la AFP no traslade todos los dineros que le corresponde trasladar.

**PORVENIR:** Indicó que el traslado fue plenamente válido, que el formulario no fue tachado de falso y era el requisito exigido al momento del traslado para acreditar que la escogencia del actor había sido libre y voluntaria, además, que el demandante no hizo uso del derecho de retracto que se informó mediante la publicación en el Diario El Tiempo el 14 de enero de 2004. Alegó que no se tuvo en cuenta el principio de autonomía de la libertad privada definido jurisprudencialmente en la Sentencia C-341/2006. Continuó su sustentación indicando que no procede la devolución de los gastos de administración, por cuanto son sumas descontadas por orden legal,

que no financian la prestación de vejez del actor y, por ello, se les debe aplicar el fenómeno de la prescripción, además, porque al ordenar su devolución se genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, ya que no existe norma que ordene dicha devolución e hizo referencia al Art. 1746 del C. Civil (restituciones mutuas cuando un acto se declara nulo).

### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Solicitó la confirmación de la decisión porque se demostró la falta al deber de información por parte del fondo privado, quien además no cumplió con la carga probatoria de demostrar que había informado en debida forma al actor.

### **Parte demandada.**

**COLPENSIONES:** Reiteró lo dicho en su recurso.

**PORVENIR:** En resumen, reiteró los argumentos expuestos en la alzada.

## **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, la orden de devolver todas las sumas con inclusión de los gastos de administración emitida contra Porvenir y la solicitud de adición a fin de condicionar el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones.

### **Reclamación Administrativa**

Al verificar el cumplimiento de éste requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6º del CPTSS modificado por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, la Sala no encuentra documento alguno que haga alusión a su agotamiento. No obstante, al no haberse propuesto en su debida oportunidad la correspondiente excepción por parte de COLPENSIONES, tal falencia se entiende saneada, conforme lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 12221 del 13 de octubre de 1999, MP: GERMÁN VALDÉS SÁNCHEZ, en la que enseñó:

*"Pero puede suceder que el Juez Laboral admita la demanda sin advertir la falta de cumplimiento por parte del accionante de la exigencia contemplada en el pluriculado artículo 6º del C. de P.L. En este caso es deber procesal de la parte demandada, así como un elemental ejercicio de la lealtad que se deben los sujetos procesales entre sí y que éstos le deben al Juez, alertar a éste sobre la omisión del agotamiento del procedimiento gubernativo, pero no de cualquier manera, sino mediante la proposición de los medios de defensa que en su favor consagra la ley adjetiva del trabajo en su artículo 32, cuáles son las excepciones previas o dilatorias respectivas, que para el caso concreto que se examina se contrae a la de falta de competencia, por no agotamiento previo de la vía gubernativa, de conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 97 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1º, núm. 46, disposición a la cual fuerza remitirnos por mandato del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral. O también puede formularse la excepción dilatoria de no agotamiento del procedimiento gubernativo o reglamentario, que como ya ha tenido oportunidad la Corte de expresarlo, "...bien puede entenderse que constituye una excepción en el proceso laboral, propia y autónoma" (Sentencia de Julio 21 de 1981. Rad. N° 7619).*

(...)

*Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del requerimiento consagrado en el art. 6º del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vio, constituye no sólo una carga procesal para aquélla sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedural proveniente de tal falta de competencia quedará saneada a la luz de lo preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1º, núm. 84, norma que dispone que "La nulidad se considerara saneada... Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso."*

Así las cosas, como quiera que COLPENSIONES guardó silencio al no proponer la excepción de falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa, dicha falencia se entiende saneada.

### **Régimen pensional del actor**

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 22 de mayo de 2006, cuando solicitó su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., conforme se denota del formulario de afiliación visto a folio 61 del archivo PDF 2.1 que se encuentra en la carpeta 2 del expediente digital, afiliación que se encuentra vigente.

### **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP PORVENIR S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos.

Al respecto, si bien el demandante el 22 de mayo de 2006, diligenció una solicitud de vinculación a PORVENIR S.A. (Folio 61 del archivo PDF 2.1 que se encuentra en la carpeta 2 del expediente digital) con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr.

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.** La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador (en este caso PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021<sup>3</sup>, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarán, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>4</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

---

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

<sup>3</sup> "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

<sup>4</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanen de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

Nada de lo anterior demostró PORVENIR S.A., ya que se limitó a manifestar que el actor diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, además, que, para dicho momento el único soporte que requería la Ley era la firma del formulario, por lo tanto, si lo firmó es porque fue debidamente informado, sin embargo, no demostró realmente que le haya brindado la información clara, oportuna y suficiente respecto de las condiciones particulares del RAIS, sin que nada tenga que ver la vocación de permanencia, ya que dicha situación no convalida bajo ninguna circunstancia el deber que le asiste al fondo de pensiones de instruir adecuadamente a sus potenciales afiliados al momento del traslado. Una vez verificada la declaración rendida por el actor y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que PORVENIR S.A. no demostró que le expuso al demandante un panorama de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma.

Ahora bien, no son de recibo los argumentos de COLPENSIONES y PORVENIR, quienes indicaron en sus recursos que "*el actor permaneció más de 25 años en el RAIS (Colpensiones)*" y "*el actor no hizo uso del derecho de retracto a pesar del comunicado publicado en el Diario El Tiempo el 14 de enero de 2004*", pues esas razones solo buscan que la Sala concluya que el demandante decidió permanecer en el RAIS, independiente de que se haya cumplido o no con el deber de información, no obstante, olvidan los apoderados de las recurrentes que, como se indicó en precedencia, el traslado realizado por Munevar Gutiérrez se realizó el **22 de mayo de 2006**, lo que, a corte del año 2022 no suma de ninguna manera 25 años de permanencia en el RAIS como lo indica la entidad pública ni tampoco, de acuerdo a la fecha de afiliación, le permitía al actor retractarse dos años y cuatro meses antes de un acto jurídico que no sabía que iba a realizar en el futuro y, aun así, si en gracia de discusión dichos argumentos fueran ciertos, como ya se indicó y es criterio pacífico y reiterado de la SL CSJ, la vocación de permanencia en el tiempo no sanea el incumplimiento al deber que le asistía a la AFP.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral

de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Ely del Pilar Cuello Calderón<sup>5</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el actor es o no beneficiario del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley 797/2003 no autoriza su traslado, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

*"Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".*

En cuanto a la inconformidad de PORVENIR respecto a que en ningún momento el formulario fue tachado de falso, por lo que debía dársele pleno valor probatorio y por ende, que la decisión fuera la absolución de las pretensiones, es menester precisar que, le asiste razón en que el formulario no fue tachado de falso, es más, el demandante aceptó haberlo firmado, sin embargo, como se mencionó previamente, el documento por sí solo y a pesar de que se presume auténtico no convalida o demuestra el cumplimiento a satisfacción del deber de información, en todo caso, tal como lo menciona la SL CSJ, éste solo demuestra un consentimiento pero no informado.

Respecto de la presunta vulneración al debido proceso que alega COLPENSIONES, la misma no encuentra sustento alguno, por cuanto la actuación judicial de primera instancia se ajustó taxativamente al procedimiento que la Ley y la jurisprudencia disponen, en ningún momento se observó irregularidad, y así lo mencionó cada una de las partes en la etapa de saneamiento del proceso, por lo tanto, el hecho de que

<sup>5</sup> "Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí si incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

la decisión de primera instancia haya sido contraria a sus intereses, esto no significa que se haya vulnerado su derecho al debido proceso, por lo que, a consideración de la Sala, una aseveración de esa naturaleza carente de sustento probatorio que así lo demuestre resulta temeraria.

En cuanto al principio de autonomía de la libertad privada, contenido en la sentencia C-341/2006 y citado por PORVENIR, una vez analizado dicho principio, denominado "de la autonomía de la **voluntad** privada" definido por la Corte Constitucional, como la "*facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.*"

Es de indicar que en la sentencia que se quiere aplicar, se estudió la constitucionalidad del art 1389 del Código de Comercio, contenido en el título XVII que trata de la de los contratos bancarios, exactamente de las cuentas corrientes bancarias - terminación del contrato de cuenta corriente, donde se analizó si al otorgar la norma demandada a los establecimientos bancarios la facultad de terminar unilateralmente los contratos de cuenta corriente bancaria se quebrantaba los principios del debido proceso, circunstancias fácticas que no tienen nada que ver con objeto de este proceso, por la tanto la Sala descarta cualquier estudio al respecto. Sin embargo en gracias de discusión, se itera que aquí ni siquiera se respectó la autonomía del demandante, por cuanto el actor no contaba con el conocimiento ni la información necesaria que le permitiera ejercer su autonomía de manera consciente, pues si bien, no fue forzado a afiliarse a PORVENIR, lo cierto es que no estuvo debidamente informado, lo cual vulneró su juicio y no le permitió que tomara una decisión realmente consciente, por ello, en el asunto ni siquiera se puede hacer alusión a la autonomía del actor, la que a todas luces fue vulnerada por la AFP.

### **Devolución de los gastos de administración y cuotas de seguro previsional.**

Respecto a la apelación de PORVENIR S.A., es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que "*El efecto de la declaratoria de la ineeficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta,*

*tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*”, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba trasferir por parte de las AFP a Colpensiones TODOS los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración, realizando la claridad que, si bien los fondos de pensiones privados se rigen como las entidades financieras, no es menos cierto que el dinero que aquí están administrando no les pertenece a ellos, sino al afiliado, el cual, lo deposita en la cuenta de dicho fondo con el único objetivo de solventar en el futuro su beneficio pensional, el cual se encuentra enmarcado dentro del derecho a la seguridad social y que, es irrenunciable, innegociable e imprescriptible, por lo tanto, a las sumas que deben devolverse tampoco puede aplicarse el fenómeno de la prescripción como pretende Porvenir.

Ahora bien, es menester recordar que el retorno de dichas sumas es una consecuencia propia de la declaratoria de ineficacia, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, sin que sea argumento válido que dichos descuentos se realizan por disposición legal y por ello no procede su devolución, así como tampoco se genera un desequilibrio o descapitalización del Sistema General de Pensiones porque, precisamente al ordenar la devolución de todas las sumas que constituyen la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros y sumas descontadas, se garantiza que la prestación que posiblemente se le reconozca a MUNEVAR GUTIÉRREZ en el RPM se encuentre totalmente cubierta con dichos valores, así como tampoco se constituye un enriquecimiento sin causa a favor del fondo público. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses*

*como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Por lo tanto, encuentra la Sala que la orden de devolver los valores descontados por gastos de administración se encuentra ajustada a derecho y al precedente jurisprudencial, por lo que ha de confirmarse ese aspecto.

#### **Del condicionamiento del cumplimiento de la sentencia peticionado por COLPENSIONES**

COLPENSIONES pide que de confirmarse la sentencia se mantenga la orden a PORVENIR de devolver todas las sumas de la cuenta de ahorro individual del demandante y que se condicione el cumplimiento de sus obligaciones, hasta tanto PORVENIR no traslade la totalidad de los dineros que obran en la cuenta de ahorro individual del actor. Sobre este punto es preciso mencionar que conforme a la parte resolutiva de la decisión de primera instancia, las órdenes emitidas a COLPENSIONES le indican que tenga al actor válidamente vinculado al RPM como si nunca se hubiera trasladado y que reciba las sumas que transfiera la AFP,

por tanto, advierte la Sala que no es necesario condicionar el cumplimiento de la decisión, por cuanto el primer aspecto es un trámite que se materializa al momento que sobre ejecutoria la sentencia y el segundo, esto es, la orden de recibir dichos dineros es una situación que obligatoriamente debe hacer, por lo que se mantendrá la decisión incólume y no se adicionará.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la adición del numeral cuarto de la sentencia apelada y la confirmación de los demás numerales.

#### **COSTAS**

Por cuanto no hubo condena en costas en primera instancia y la parte con interés jurídico para recurrir dicha situación guardó silencio, la decisión se mantendrá incólume. Respecto a las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR** y **COLPENSIONES**. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho para cada una de las recurrentes.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de marzo del 2022 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

**SEGUNDO. – COSTAS** las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR** y **COLPENSIONES**. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho para cada una de las recurrentes.

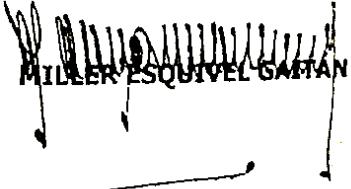
## NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESCRIVÉ GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE IVÁN FONSECA URREGO CONTRA  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP  
PROTECCIÓN S.A. Rad. 2020 – 00441 01 Juz. 09.**

En Bogotá D.C., a los siete (07) días de julio de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**IVÁN FONSECA URREGO** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 104 y 105 del archivo A1 del expediente digital.

**DECLARATIVAS**

- Incumplimiento al deber de información por parte de PROTECCIÓN.
- Ineficacia de la afiliación al RAIS.
- Validez de la afiliación al RPM, como si nunca se hubiera trasladado al RAIS.

**CONDENATORIAS**

- Traslado de aportes a COLPENSIONES.
- Activación de la afiliación al RPM.
- Recibir los aportes.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 101 a 104 del archivo del archivo A1 del expediente digital. Inició sus aportes a pensión en el extinto ISS hasta el 1 de diciembre de 1999, momento en el que diligenció formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., en razón a que, un promotor de dicho fondo se acercó a su lugar de trabajo e indicó que debían afiliarse al fondo privado porque el ISS se encontraba en problemas financieros, razón por la cual sus aportes corrían peligro, además, le dijo que obtendría una pensión en mejores condiciones. No obstante, el promotor no le indicó las diferencias entre cada régimen, las ventajas o desventajas del RAIS ni tampoco las supuestas mejores condiciones para pensionarse en la AFP ni la posibilidad de retorno al RPM, por lo que incumplió con el deber que le asistía de asesorar de manera completa y veraz a su nuevo afiliado.

Adujo que su IBL es de \$4'813.152, por lo que, luego de efectuada una proyección pensional en el RPM obtendría una mesada aproximada de \$3.250.272, mientras que, en el RAIS, según respuesta a petición presentada el 30 de julio de 2020 su IBL es de \$4'246.940 y su mesada pensional equivaldría a \$877.803.

El 31 de julio de 2020 radicó ante COLPENSIONES solicitud de activación de la afiliación al RPM por existir vicio en el consentimiento al momento de la afiliación al RAIS, solicitud negada por la administradora.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad el 3 de junio de 2021 (archivo A4), notificadas las demandadas y corrido el traslado, las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folios 241 a 264 del archivo A6 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó las cotizaciones hechas al ISS, la solicitud del 31 de julio de 2020, la respuesta negativa y los argumentos esgrimidos, así como el concepto emitido por la Superfinanciera respecto al deber de información.
- Formuló como excepciones de mérito; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineeficacia del traslado de régimen,

responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** En los términos del escrito visible a folios 210 a 239 del archivo A5 del expediente digital.

- Se opuso a todas las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la afiliación al RAIS, la solicitud elevada el 30 de julio de 2020, la respuesta negando la petición de traslado y la proyección pensional realizada, el valor del IBL y la posible mesada pensional obtenida en el RAIS.
- Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, contradicción del dictamen pericial y genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de febrero de 2022 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado y la afiliación efectuada por el actor a PROTECCIÓN el 1 de octubre de 1999, condenó al fondo privado a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, así como le ordenó al fondo público a recibir dichas sumas y actualizar la historia laboral.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a la Jurisprudencia de la CSJ SL desde la creación de las AFP existe la obligación de informar adecuadamente a los afiliados al momento del traslado de régimen y conforme a las pruebas allegadas al expediente, así como de las respuestas dadas por el actor en su interrogatorio, el fondo privado no demostró que haya cumplido con la carga que le asistía de informar al demandante de manera completa y adecuada sobre las implicaciones del traslado de régimen, por lo que con la simple suscripción del documento no es suficiente prueba para probar que se haya cumplido con el deber de información.

Del interrogatorio de parte indicó que no se puede extraer confesión alguna, ya que fue enfático en indicar que el formulario lo firmó de manera libre y voluntaria pero que, la única información brindada por el asesor de PROTECCIÓN S.A. fue que tendría más beneficios en el fondo privado, sin especificar cuáles beneficios serían y las condiciones para obtenerlos, por lo que, se demostró que no se le brindó la suficiente información para que tomara una decisión consciente.

Sobre la excepción de prescripción adujo que no procede en el caso, por cuanto se discute una situación que hace parte al derecho a la seguridad social, el cual es imprescriptible e irrenunciable. Bajo el criterio de la SL CSJ ordenó la devolución de los gastos de administración y cuotas de seguro previsional descontadas por el fondo mientras estuvo afiliado al mismo. Conforme las resultas del proceso, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., fijando como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

### **Recurso de Apelación**

**COLPENSIONES:** Argumentó que no se probó la existencia de alguno de los vicios del consentimiento consagrados en el Art. 1740 del Código Civil, además, que conforme al Decreto 2240 de 2010 es deber del consumidor financiero informarse sobre el funcionamiento de las entidades a la que está afiliado. Trajo a colación un pronunciamiento de esta Corporación (2018-0445) en el que se menciona la imposibilidad de trasladarse de régimen en virtud de la prohibición de la Ley 797/2003, indicó que con la decisión de la A quo se presenta una descapitalización del sistema general de pensiones al tener que responder por prestaciones de personas que nunca estuvieron afiliados al RPM con los aportes de afiliados que si han cotizado en el sistema.

**PROTECCIÓN:** Expuso su inconformidad en la orden de devolver los valores descontados por gastos de administración y cuotas de seguro previsional, por cuanto considera que son descuentos autorizados por disposición legal, además son producto de la buena gestión realizada por el fondo privado tal como se vislumbra con el certificado de rendimientos financieros allegados al plenario, por lo cual, solo deben devolverse los aportes y rendimientos generados porque, si se ordena la devolución de dichas sumas se genera un enriquecimiento injustificado a favor de COLPENSIONES e indicó que si procede la prescripción en dichas sumas, por ser obligaciones de trato sucesivo.

**Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** Solicitó en síntesis la confirmación de la decisión porque se demostró la falta al deber de información por parte del fondo privado, quien, además, no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía.

**Parte demandada;**

**PROTECCIÓN:** Guardó silencio.

**COLPENSIONES:** Indicó que el traslado acontecido fue plenamente válido, que se cumplieron los presupuestos legales vigentes para la época, además, que el demandante no demostró la falta al deber de información que indicó que ocurrió y manifestó que el actor está inmerso en la prohibición de la Ley 797/2003.

## **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la condena a restituir las sumas de gastos de administración y seguro previsional.

## **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 81 y 82 del archivo A1 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES radicada el 31 de julio de 2020 y la consecuente respuesta negativa del fondo público, visible a folios 88 a 90 del archivo A1, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

## **Régimen pensional**

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que se encuentra afiliado al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación con PROTECCIÓN S.A. el 1 de diciembre de 1999, tal como se denota del formulario de afiliación que reposa a folios 57 y 87 del archivo A1 del expediente digital, afiliación que se encuentra vigente.

## **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP PROTECCIÓN S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien el demandante el 1 de diciembre de 1999, diligenció una solicitud de vinculación a PROTECCIÓN S.A. (Fl. 57 y 87 Archivo A1), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las

---

<sup>1</sup> *Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

a) Lugar y fecha;

administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Ely del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador (en este caso PROTECCIÓN), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, contrario a lo que afirma COLPENSIONES, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora

---

b) Nombre o razón social y NIT del empleador;

c) Nombre y apellidos del afiliado;

d) Número de cédula o NIT del afiliado;

e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;

f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

a la entidad demandada (SL3034-2021<sup>3</sup>, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>4</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento, como lo pretende hacer ver el apoderado de COLPENSIONES.

Nada de lo anterior demostró PROTECCIÓN S.A., ya que se limitó a manifestar que el actor diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero, sin embargo, conforme al interrogatorio de parte absuelto por el actor, dicha afirmación es totalmente contraria a la realidad, ya que indicó que la reunión con el asesor de PROTECCIÓN fue corta, el asesor no le explicó ni ventajas ni desventajas de pertenecer al RAIS ni las condiciones para acceder a una pensión en el fondo privado y que el argumento principal en dicha reunión fue que el ISS se iba a acabar por la profunda crisis en la que estaba sumergido para ese momento.

Una vez verificada la declaración rendida por el actor y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que PROTECCIÓN S.A. no demostró que le expuso al demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto

---

<sup>3</sup> "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

<sup>4</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Ely del Pilar Cuello Calderón<sup>5</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no autoriza su traslado, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

*"Para que proceda la ineffectuación del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".*

En cuanto la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, para lo que citó el proceso 2018-00445 sin indicar el juzgado al que correspondió o el magistrado que profirió la decisión, es de tener

---

<sup>5</sup> "Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.  
(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, sino de la ineficacia del traslado realizado, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, régimen al que se encontraba afiliado antes del traslado al RAIS.

**Orden de devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional.**

Respecto a la apelación de PROTECCIÓN S.A., es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*", en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones 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 lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público (SL2877-2020) y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público.

*"El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida."*

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

### COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

### DECISIÓN

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

### RESUELVE

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida el ocho (08) de febrero de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. –** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

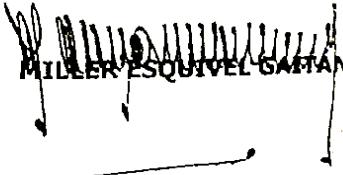
### NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER EQUÍVEL GAITAN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PAULA MENDOZA SARASTI CONTRA  
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS  
PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES. Rad. 2021 – 00048 01. Juz. 31.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**PAULA MENDOZA SARASTI** demandó a la **AFP PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 5 del archivo PDF 01 “Escrito de demanda” que se encuentra en el expediente digital.

- Declaratoria de ineficacia del traslado realizado al RAIS administrado por PORVENIR el 18 de abril de 1994.
- Se ordene a COLPENSIONES tener como afiliada al RPM a la actora.
- Se ordene a COLPENSIONES recibir la totalidad de aportes y a actualizar la historia laboral.

- Condenar a PROTECCIÓN S.A. (su actual administradora) al traslado de aportes.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Condenar en costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 5 y 6 del archivo PDF 01 "Escrito de demanda" que se encuentra en el expediente digital. Nació el 13 de octubre de 1967, se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES el 28 de agosto de 1989, se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR el 18 de abril de 1994, quien omitió brindarle la suficiente información que le permitiera conocer las ventajas y desventajas del traslado, las características particulares del RAIS y las condiciones para acceder a los beneficios establecidos. Luego de efectuar una proyección pensional en ambos regímenes encontró que en el RPM las condiciones serían más favorables para sus intereses. Indicó que cumplirá 57 años el 13 de octubre de 2024 y que el 19 de octubre de 2020 presentó derecho de petición ante COLPENSIONES a fin de agotar la reclamación administrativa, sin embargo, la entidad pública nunca emitió respuesta.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 10 de febrero de 2021 (Archivo 003) y corrido el respectivo traslado, las llamadas a juicio contestaron como se muestra a continuación:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible a folios 3 a 18 del archivo 005 "Contestación de demanda" del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de afiliación al ISS, la condición de afiliada al RPM al momento de entrada en vigencia de la Ley 100/93, la afiliación al RAIS el 18 de abril de 1994, la fecha de nacimiento y edad de la demandante, la simulación pensional en el RAIS y la reclamación administrativa presentada ante la entidad pública.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y genérica.

**PORVENIR S.A.** como se muestra a folios 2 a 21 del archivo 006 "Contestación demanda" del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el traslado al RAIS, la fecha de nacimiento y edad de la actora, así como la simulación pensional realizada.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 20 de octubre de 2021 en la cual dispuso:

**"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora **PAULA MENDOZA SARASTI** el 18 de abril de 1994 ante el fondo privado **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.****

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver con destino a **COLPENSIONES** las cotizaciones, los aportes, los rendimientos, las cuotas de manejo y, en general, todos los dineros que hayan sido cotizados por la parte demandante como consecuencia del traslado de régimen que, en efecto, sucedió.

**TERCERO:** Condenar en costas a la parte demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en cuantía de medio salario mínimo a favor de la demandante.

**CUARTO:** Teniendo en cuenta los resultados de la sentencia y en dado caso de que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** no interponga recurso de apelación, se concede el grado jurisdiccional de consulta."

Llegó a esta determinación por cuanto PORVENIR no acreditó que haya cumplido con el deber de información conforme las reglas fijadas por la jurisprudencia de la SL CSJ así como tampoco cumplió con la carga de la prueba que le asistía y, dado que simplemente se allegó el formulario de afiliación para acreditar el cumplimiento del mencionado deber no se puede entender que solo con la firma de dicho documento se crea que la demandante conocía todas las características del RAIS.

Respecto del interrogatorio de parte del representante legal, no se puede demostrar que la demandante haya sido debidamente informada al momento del traslado y, que solo se encuentra el formulario de afiliación para acreditar el cumplimiento a su deber de información. Sobre el interrogatorio absuelto por la actora, adujo que es abogada especialista en seguros, que no fue presionada al momento del traslado, que no le indicaron con claridad las condiciones para acceder a una pensión a una cuantía mayor y anticipadamente, sin embargo, no le realizaron una proyección pensional ni le aclararon las condiciones para acceder a dicha prestación, por lo que, dado que no se puede extraer confesión, en aplicación del precedente jurisprudencial procedió la declaratoria de ineficacia. Indicó que, si bien la demandante en la actualidad conoce las características del RAIS, tanto así que ha realizado aportes por una cuantía más alta de lo normal, esto no es sustento para

indicar que la actora al momento del traslado de régimen haya sido debidamente informada.

### **Recurso de apelación**

**Demandante:** No interpuso recurso.

**COLPENSIONES:** Indicó que el traslado es plenamente válido, que no se demostraron vicios del consentimiento que permitan declarar la nulidad del traslado, además, que la permanencia prolongada afiliada al RAIS da cuenta de su intención de permanecer en dicho régimen, además, que al momento del traslado y tal como lo manifestó en el interrogatorio de parte, la demandante tenía calidades profesionales que le hacían comprender las condiciones establecidas por el fondo privado.

**PORVENIR:** Indicó que no se evaluaron las condiciones particulares del caso, sino que, se dio aplicación del precedente jurisprudencial de manera automática, además, que no se configuran causales o circunstancias que acrediten que el traslado no haya sido plenamente válido, además, que aparte del formulario de afiliación no se exigía para la época algún otro soporte que demostrara la información que se brindaba de manera verbal, hizo énfasis en las calidades de la demandante por cuanto es abogada y conocía lo concerniente a los regímenes pensionales establecidos.

Manifestó su inconformidad respecto a la condena a devolver los gastos de administración, por cuanto son sumas que se descuentan por disposición legal y son producto de la buena gestión de administración del fondo privado respecto de los aportes de la demandante; además, son sumas que ya fueron entregadas a aseguradoras y no reposan en las arcas del fondo privado.

**Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** En síntesis, pidió se confirme la decisión porque se demostró que hubo falta al deber de información por parte del fondo privado.

**Parte demandada.**

**COLPENSIONES:** Indicó que no se demostró ningún vicio del consentimiento, por lo tanto, el traslado es válido y no procede la declaratoria de ineeficacia, además, que el principio de sostenibilidad financiera se ve afectado con la sentencia de primera instancia.

**PORVENIR:** En resumen, reiteró los argumentos expuestos en la alzada.

**CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineeficacia del traslado de régimen y la orden de devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración emitida contra PORVENIR.

**Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 19 de octubre de 2020 (Fl. 12 Archivo 01 "Escrito demanda") en la que solicitó la declaratoria de ineeficacia del traslado al RAIS, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 18 de abril de 1994, cuando solicitó su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., conforme lo denota el formulario de afiliación visible a folio 11 del archivo 01 y 68 del archivo 06, por lo tanto, la afiliación de la actora al RAIS se encuentra vigente.

### **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP PORVENIR S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 18 de abril de 1994, diligenció una solicitud de vinculación a PORVENIR S.A. (Formulario visible a folio 11 del archivo 01 y 68 del archivo 06) con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación

---

<sup>1</sup> *Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;

a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elys del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también

---

d) Número de cédula o NIT del afiliado;

e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;

f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021<sup>3</sup>, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>4</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento. Ahora bien, el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, es preciso recordar que se puede

---

<sup>3</sup> "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

<sup>4</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanen de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

Nada de lo anterior demostró PORVENIR S.A., ya que se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, además, que, por sus conocimientos profesionales y su profesión, conocía perfectamente el funcionamiento de los regímenes pensionales, sin embargo, no demostró que le haya brindado la información clara, oportuna y suficiente respecto de las condiciones particulares del RAIS, sin que nada tenga que ver la profesión, oficio o conocimientos adquiridos de la actora, ya que dicha situación no convalida bajo ninguna circunstancia el deber que le asiste al fondo de pensiones de instruir adecuadamente a sus potenciales afiliados. Una vez verificada la declaración rendida por la actora y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que PORVENIR S.A. no demostró que le expuso a la demandante un panorama de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, además, no puede abstraerse de la responsabilidad que le asistía por el hecho de que la demandante tuviera cierta calidad profesional porque, estaba en la obligación de instruirla adecuadamente y de informarle de los beneficios que le traería la afiliación al RAIS, así como también las posibles desventajas que pudiera tener, porque si bien la

actora es abogada, su campo de trabajo no es la seguridad social sino el derecho de seguros, como ella misma lo mencionó, por lo que, el fondo privado era a quien le asistía la carga de asesorar a la afiliada e independientemente de que su campo de trabajo fuera el derecho laboral, esa situación no cambia el deber que le asistía a PORVENIR. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS, mucho menos, por las calidades profesionales de Mendoza Sarasti, ya que, como lo ha rememorado la SL CSJ, dichos actos no convalidan o sanean la falta al deber que le asistía al fondo privado al momento del traslado inicial.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Ely del Pilar Cuello Calderón<sup>5</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil

---

<sup>5</sup> "Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la actora es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no autoriza su traslado, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

*"Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".*

Respecto al argumento de PORVENIR sobre la aplicación automática de la jurisprudencia de la CSJ, es menester precisar que dicho argumento carece de sustento probatorio que permita concluir que, efectivamente a la actora se le hubiera informado debidamente sobre el RAIS y sus características, ya que, además del formulario de afiliación, los comunicados de prensa genéricos y el interrogatorio de parte, del cual no se extrajo confesión, no existen elementos que realmente lleven una certeza absoluta al Juzgador conforme lo dispuesto por la Corte a fin de declarar eficaz el traslado, por lo que, considera la Sala que no existió una aplicación automática del precedente jurisprudencial sino que, por el contrario, se aplicaron dichos preceptos de acuerdo a lo que se encontró probado en el plenario. De acuerdo a lo anterior, concluye la Sala que la declaratoria de ineficacia dictada por el A quo se encuentra acorde a las normas que así lo disponen, por lo que, se confirmará la decisión en ese aspecto.

### **Devolución de los gastos de administración.**

Respecto a la apelación de PORVENIR S.A., es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que *"El efecto de la declaratoria*

*de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba trasferir por parte de la AFP a Colpensiones TODOS los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración, realizando la claridad que, si bien los fondos de pensiones privados se rigen como las entidades financieras, no es menos cierto que el dinero que aquí están administrando no les pertenece a ellos, sino a la afiliada, la cual, lo deposita en la cuenta de dicho fondo con el único objetivo de solventar en el futuro su beneficio pensional, el cual se encuentra enmarcado dentro del derecho a la seguridad social y que, es irrenunciable, innegociable e imprescriptible, por lo tanto, tampoco se aplica el fenómeno de la prescripción de dichas sumas.*

Ahora bien, es menester recordar que el retorno de dichas sumas es una consecuencia propia de la declaratoria de ineficacia, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, sin que sea argumento válido que dichos descuentos se realizan por disposición legal y por ello no procede su devolución, así como tampoco se genera un desequilibrio o descapitalización del Sistema General de Pensiones porque, precisamente al ordenar la devolución de todas las sumas que constituyen la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros y sumas descontadas por administración, se garantiza que la prestación que posiblemente se le reconozca a Mendoza Sarasti en el RPM se encuentre totalmente cubierta con dichos valores, así como tampoco se constituye un Enriquecimiento sin causa a favor del fondo público.

Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

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

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Por lo tanto, encuentra la Sala que la orden de devolver los valores descontados por gastos de administración se encuentra ajustada a derecho y al precedente jurisprudencial, por lo que ha de confirmarse ese aspecto.

Suficientes son los argumentos expuestos para **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia apelada.

## COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR**, fíjense como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000) a cargo de cada una de las recurrentes.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida el veinte (20) de octubre de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. – COSTAS.** Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR**, fíjense como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000) a cargo de cada una de las recurrentes.

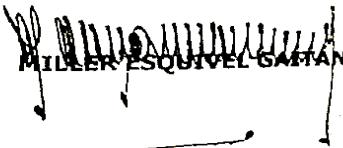
### **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GUSTAVO ADOLFO VEGA RIVAS  
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE  
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Rad.  
2021 00084 01 Juz 26.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

GUSTAVO ADOLFO VEGA RIVAS demandó a la AFP PROTECCIÓN, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Efectuó cotizaciones al ISS desde el 31 de diciembre de 1984 hasta el 31 de agosto de 1994. Cuando laboraba en la Fundación Santa fe de Bogotá, se presentaron en el lugar de trabajo asesores de la AFP Davivir ofreciendo el naciente régimen pensional. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro individual. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la

disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. El demandante en la actualidad cuenta con un total de 1535 semanas cotizadas. El 22 de julio de 2020 radicó derecho de petición mediante el cual solicito la declaración de nulidad de traslado de régimen pensional. Mediante oficio del 24 de julio de 2020 Colpensiones dio respuesta manifestando que no era posible aceptar el retorno del RAIS al RPM. La simulación pensional en el RPM conforme a lo contemplado en la Ley 797 de 2003 estableció que le corresponde una mesada pensional equivalente a \$1.654.700.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el derecho de petición radicado por el actor y la respuesta de Colpensiones.
- Formuló como excepciones de fondo; inexistencia de afectación por Protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/ afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, Protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, buena fe y genérica.

**La AFP PROTECCIÓN** contestó en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación a la AFP Davivir el 3 de agosto de 1994, el derecho de petición radicado por el actor y la respuesta de Protección S.A.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de aportes a porvenir y genérica.

**PORVENIR S.A.,** contestó en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ninguno de los hechos.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineffectiva del traslado del demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través del traslado a la AFP Davivir (hoy Protección S.A.), de fecha 3 de agosto de 1994. Ordenó a la AFP Porvenir (actual administradora) trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, bonos, rendimientos e intereses causados y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

### **Recurso de apelación**

**PORVENIR S.A.:** considera que no es procedente la declaratoria de nulidad de traslado pues el formulario de afiliación es válido y acorde a las exigencias normativas de la época del traslado y se hizo de forma libre y voluntaria. Señala que la decisión genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y vulnera los principios del sistema general de pensiones. Los gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y son susceptible de la aplicabilidad del fenómeno prescriptivo, así mismo son sumas correspondientes a la contraprestación de la gestión de administración de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual del afiliado.

### **Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** señala que las demandadas no pudieron acreditar de manera alguna que el actor hubiese recibido una asesoría clara idónea y oportuna, como lo establece la Corte en la Sentencia 4462 de 2019, ya que son las AFP's quien tienen el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, en lo relacionado al cambio de régimen pensional en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento del deber de informar y el deber del buen

consejo, que debían cumplir las administradoras de fondos de pensiones al momento de traslados del régimen pensional.

**Parte demandada:**

- **COLPENSIONES:** Manifiesta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante el señor GUSTAVO ADOLFO VEGA RIVAS y las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.
- **PORVENIR S.A.:** Reitera que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza. Con relación estos gastos de administración, la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.
- **AFP PROTECCIÓN:** no se pronunció en esta etapa procesal.

**CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La

*sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*”, el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, prescripción de los gastos de administración, la sostenibilidad financiera de Colpensiones y la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 22 de julio de 2020 (expediente digital), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional del actor**

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 6 de abril de 1999, cuando solicitó su vinculación a la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.), luego de haber estado afiliado a Davivir S.A. (hoy AFP Protección) desde el 3 de agosto de 1994.

### **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor el 3 de agosto de 1994, diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Davivir (hoy Protección S.A.) (expediente digital), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel

<sup>1</sup> *Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

a) Lugar y fecha;  
b) Nombre o razón social y NIT del empleador;

entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario pre establecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado

---

c) Nombre y apellidos del afiliado;  
d) Número de cédula o NIT del afiliado;

e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;  
f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento. La Sala trae a colación la sentencia SL2817 de 2019, donde adoctrinó que la demostración del consentimiento informado en el traslado o afiliación al RAIS está en cabeza del fondo de pensiones, al respecto dijo:

*"Corresponde a la AFP brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión y realmente libre sobre su futuro pensional" y por tanto demostrar su diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil; además porque aplicada la regla probatoria del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP [...] las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, lo que significa como aduce el cargo, que la carga de la prueba se invierte respecto de quien recae, es decir, que corresponderá a la contraparte demostrar el hecho indefinido".*

Nada de lo anterior demostró la AFP PROTECCIÓN, entidad que asumió la afiliación que hizo el demandante, puesto que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por el actor, pero no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuento necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el

---

<sup>3</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019). Ahora bien, el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia *CSJ SL 3871 de 2021*, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Ely del Pilar Cuello Calderón<sup>1</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "Para que proceda la ineeficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración impartida en contra de la AFP Porvenir, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha del 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "El efecto de la declaratoria de la ineeficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales", en consecuencia, ante la declaratoria de ineeficacia del acto de traslado, la

decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, y los cuales no pueden ser susceptibles del fenómeno prescriptivo pues haría nugatorio el derecho pensional, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008<sup>4</sup>). Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020<sup>5</sup>). No obstante, pese a que los gastos de administración son deducciones autorizadas por el artículo 104 de la ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 53 de la ley 1328 de 2009, se tiene que, con relación a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado, es que las cosas vuelven a su estado anterior, la AFP tiene que asumir los efectos del acto ineficaz, comoquiera que la misma se generó como consecuencia del incumplimiento del deber de información a cargo.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la **confirmación** de la sentencia apelada.

## COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estará a cargo de LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Fíjese el valor de un (1) SMMVL para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho.

<sup>4</sup> "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

<sup>5</sup> El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de agosto de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

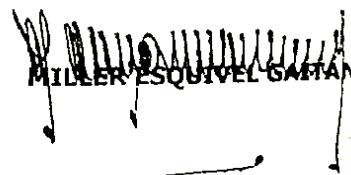
**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Fíjese el valor de un (1) SMMLV para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho.

## NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESCRIVÉ GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OLGA LUCÍA LATORRE DUARTE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2021 – 00091 01 Juz. 37.**

En Bogotá D.C., a los siete (07) días de julio de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**OLGA LUCÍA LATORRE DUARTE** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 2 y 3 del archivo 01 del expediente digital.

- Ineficacia de la afiliación al RAIS.
- Traslado de aportes.
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 5 del archivo 01 del expediente digital. Nació el 16 de septiembre de 1964, a partir del 30 de noviembre de 1988 hasta el 30 de noviembre de 1992 cotizó al extinto ISS, en dicha calenda acumuló 208.43 semanas cotizadas. En el mes de octubre de 2002, se afilió a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, ya que le indicaron que tendría mejores beneficios en el RAIS, sin embargo, no indicaron cuales eran esos beneficios, las condiciones para acceder a ellos y los riesgos que esa decisión conllevaba. El 17 de junio de 2019 radicó petición ante COLPENSIONES en la que solicitó la nulidad del traslado al RAIS y el retorno al fondo público, solicitud negada por dicha entidad. El 25 de julio de 2019 radicó derecho de petición ante PORVENIR en la que solicitó la declaratoria de ineficacia de la afiliación y el retorno al RPM, petición rechazada por la AFP. Luego de realizar una simulación pensional encontró que la cuantía de su pensión es más favorable en el RPM respecto de la que obtendría en el RAIS.

**Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad el 18 de marzo de dos mil veintiuno (2021) (archivo 03), notificadas las

demandadas y corrido el traslado, las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folios 113 a 127 del archivo 06 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, las cotizaciones realizadas al ISS, las semanas acumuladas, la reclamación presentada por la actora y la respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** En los términos del escrito visible a folios 156 a 179 del archivo 07. del expediente digital.

- Se opuso a todas las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la petición de ineffectuación radicada por la actora y la respuesta negativa.
- Propuso como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de octubre de 2021 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineffectuación del traslado y la afiliación efectuada por la actora a HORIZONTE hoy PORVENIR el 11 de octubre de 2002, condenó al fondo privado a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a la Jurisprudencia de la CSJ SL desde la creación de las AFP existe la obligación de informar adecuadamente a los afiliados al momento del traslado de régimen y conforme a las pruebas allegadas al expediente, así como de las respuestas dadas por la actora en su interrogatorio, el fondo privado no demostró que haya cumplido con la carga que le asistía de informar a LATORRE DUARTE de manera completa y adecuada, por lo que con la simple suscripción del documento no es suficiente prueba para probar que se haya cumplido con el deber de información y a pesar de la profesión de la actora, su especialidad no es el derecho laboral y además no conocía de la Ley 100 por estar fuera del país por un tiempo prolongado (1992 a 2002).

Del interrogatorio de parte indicó que no se puede extraer confesión alguna, ya que fue enfática en indicar que el formulario lo firmó de manera libre y voluntaria pero que, no recibió ninguna información, sino que, lo firmó por consejo de su jefe y que

inmediatamente una persona le remitió el formulario a su domicilio para que lo suscribiera sin brindarle ninguna información adicional.

Indicó que la excepción de prescripción no puede prosperar en razón a que se discute un tema derivado del derecho a la seguridad social, el cual es imprescriptible.

Consideró que no procede la condena a retornar los gastos de administración por cuanto el acto que se declara ineficaz proviene de un fondo de pensiones diferente al que actualmente está afiliada y consideró que COLPENSIONES no tuvo injerencia en dicho acto ineficaz, por lo que decidió no condenar en costas.

### **Recurso de Apelación**

**COLPENSIONES:** Indicó que no puede juzgarse el traslado de régimen con normas inexistentes para la época, por lo que, para ese momento, el formulario de afiliación era la prueba que acreditaba que se hubiera brindado una información clara y relevante al momento del traslado al RAIS, por lo que dicho acto es válido. Adujo que existió una absoluta desidia de la demandante al no interesarse oportunamente de las condiciones de su posible pensión, así como no solicitó el regreso al RPM sino cuando ya se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797/2003, lo que no permite que en esta instancia se declare la ineficacia del traslado. Resaltó que la motivación real del proceso es no estar conforme con la información brindada por la AFP sino con el monto de la posible pensión, lo cual, tampoco permite que se declare judicialmente una ineficacia inexistente.

Dijo que se afecta la sostenibilidad financiera del RPM con decisiones de estas características y que, dada la densidad de semanas que tenía en el antiguo ISS tampoco contaba con una expectativa legítima o un derecho adquirido, por lo que en el RAIS es que constituye su derecho pensional.

En caso de que se confirme la decisión, pidió se ordene la devolución de las sumas que fueron descontadas por gastos de administración, a fin de poder solventar la prestación económica que se le deba reconocer a la actora, además que si bien HORIZONTE desapareció PORVENIR fue quien la absorbió y asumió todas sus responsabilidades.

### **Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** Indicó que la afiliación al RPM no se pierde o suspende por falta de cotizaciones o inactividad al momento de entrada en vigencia de la Ley 100/1993, de otra parte, consideró que es procedente la declaratoria de ineficacia, lo anterior, en concordancia con el precedente jurisprudencial de la SL CSJ.

### **Parte demandada:**

**PORVENIR:** Indicó que el traslado es plenamente válido, que se cumplió con el deber de información conforme a las normas vigentes para la época y que la actora tuvo diversas oportunidades para regresar al RPM y no lo hizo, situación que permite

entender que su voluntad era permanecer en el RAIS, por lo que pidió la revocatoria de la decisión.

**COLPENSIONES:** Adujo que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, que no es beneficiaria del régimen de transición ni cuenta con una expectativa legítima, por lo que no es procedente la declaratoria de ineffectiveness. Por otro lado, dijo que la demandante no demostró que el traslado de régimen hubiera estado viciado ni que se haya faltado al deber de información, por lo que procede la revocatoria de la decisión.

## **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineffectiveness del traslado de régimen y si es procedente condenar al fondo privado a restituir las sumas descontadas por concepto de gastos de administración.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 46 y 53 del archivo 01 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES radicada el 17 de julio de 2019 y la consecuente respuesta negativa del fondo público, visible a folios 54 a 58 del archivo 01, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional**

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que se encuentra afiliada al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación con HORIZONTE S.A. el 11 de octubre de 2002, tal como se denota del formulario de afiliación que reposa a folios 29 del archivo 01, 216 y 249 del archivo 07 del expediente digital, dicha AFP luego convertida en PORVENIR S.A. conforme lo denota el formulario visto a folio 254 del archivo 07, afiliación que se encuentra vigente.

### **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, se tiene en cuenta que la demandante el 11 de octubre de 2002, diligenció una solicitud de vinculación a

HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. (folios 29 del archivo 01, 216 y 249 del archivo 07)

En cuanto a la nulidad de traslado de régimen declarado por el A-quo, advierte La Sala del acervo probatorio, que la vinculación de la demandante al RAIS no obedece a un trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, como se afirma en los hechos de la demanda (fl. 2 y 3) pues como allí se narra, la demandante a partir del 30 de noviembre de 1988 hasta el 30 de noviembre de 1992 cotizó al extinto ISS y en el mes de octubre de 2002, se afilió a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, es decir que estuvo vinculada al ISS entre las anualidades de 1988 y 1992, y dejó de efectuar aportes hasta desde el año 1992 hasta el 2002 cuando se afilió al RAIS. Esta precisión se hace necesaria, como quiera que, para que haya **traslado de régimen**, obligatoriamente el afiliado ya tenía que estar vinculado con el sistema integral de seguridad social creado con la Ley 100/93, pues es aquí cuando nacen los dos regímenes pensionales y con ellos su selección (Art. 13 de la Ley 100/93). Ahora, aunado a que la afiliación con el ISS lo fue entre los años 1988 a 1992, se resalta que a la entrada en vigencia de la Ley 100/93, la actora estaba inactiva en el sistema, de modo que cuando expuso su voluntad de inscribirse en uno u otro régimen ella optó por el RAIS, y así se desprende de los folios 216 a 249 del archivo 1, donde se registra la vinculación al sistema, y al ser ésta su primera y única vinculación no resulta dable hablar de traslado, ni mucho menos de un cambio de régimen, pues hasta ese momento (año 2002) expresó su voluntad de selección.

Por esta razón, en este caso, no hay lugar a analizar las implicaciones de traslado alguno, y si bien las AFP están obligadas a informar las implicaciones de la selección, lo que en estos procesos se juzga y reprocha es el engaño a las personas en el **cambio** de régimen, cambio que no se probó, pues lo que aquí hubo fue una selección inicial de conformidad con los artículos 13 de la ley 100/93 y art. 3 del Dto. 692/94, pero no un traslado, pues este opera después de efectuada la selección inicial (Art. 15 Dto. 692/94), por eso no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **REVOCAR** la sentencia apelada.

**COSTAS.** - Se revocan las de primera instancia las que quedarán a cargo de la parte demandante. Sin costas en esta instancia.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO. – REVOCAR** la sentencia proferida el 21 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar ABSOLVER

a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

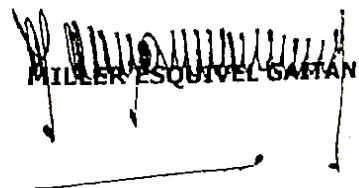
**SEGUNDO. – Costas.** - Las de primera se revocan y quedarán a cargo de la parte demandante. Sin costas en la alzada.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE TÉLLEZ GUTIÉRREZ CONTRA LA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2021 00217 01 Juz 21.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

JORGE TÉLLEZ GUTIÉRREZ demandó a la AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 12 de mayo de 1959. Inició sus aportes a pensión en el RPM a través del ISS desde el 1º de agosto de 1971 al 31 de mayo de 1996. Se vinculó al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., el 1º de junio de 1996. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro individual. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo de la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. La AFP Colfondos le realizó una simulación

pensional en la que se determinó una mesada equivalente a \$1.794.350 para el año 2021. Así mismo en el RPM, teniendo en cuenta los aportes efectuados y una tasa de remplazo del 74,90% la mesada pensional para el año 2020 correspondería a la suma de \$6.859.057,96. El accionante reúne un total de 1885 semanas cotizadas al sistema general de pensiones. De igual forma, el 5 de marzo de 2021 radicó petición ante Colpensiones para que lo tuvieran como afiliada al RPM. Colpensiones en su respuesta indicó que no podría acceder al traslado de régimen solicitado.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación al ISS, el traslado efectuado al RAIS, la fecha de nacimiento del demandante, el agotamiento de la reclamación administrativa y la respuesta emitida por Colpensiones.
- Formuló como excepciones de fondo; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

**La AFP COLFONDOS S.A.,** contestó en los términos del escrito visibles en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la solicitud de vinculación a Colfondos S.A. y la comunicación emitida por la AFP Colfondos.
- formulo como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias

administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y genérica.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Colfondos de fecha 8 de mayo de 1996. Ordenó a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, gastos de administración, comisiones y primas de seguro previsional debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineffectivo los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor JORGE TÉLLEZ GUTIÉRREZ y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento del traslado de régimen.

### **Recurso de apelación**

**COLPENSIONES:** no está de acuerdo con el fallo en la medida que al actor no le asiste derecho a la declaración de ineffectiva del traslado, debido a que se efectuó de forma libre y voluntaria según el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Respecto de la carga de la prueba afirma que resulta desproporcionada, máxime transcurridos 26 años desde el traslado inicial. Por otra parte, señala que no se trata de aplicar de forma indiscriminada las decisiones de la Corte Suprema de Justicia bajo el estudio uniforme de todos los casos, comoquiera que se debe analizar cada situación en particular para determinar la materialización de la omisión del deber de información. Considera que el afiliado que se retrotrae al RPM coloca en riesgo el derecho pensional de los demás afiliados y la sostenibilidad financiera del sistema pensional. De forma subsidiaria solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia hasta tanto se devuelvan los aportes, gastos de administración y primas de seguro previsional por parte de la AFP para dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo. Solicita no se condene en costas a Colpensiones, toda vez que es un tercero ajeno de buena fe que no tuvo injerencia alguna en el acto de afiliación.

**AFP COLFONDOS:** pretende se revoque la condena de gastos de administración, primas de seguro previsional y traslado de los demás valores contenidos en la Cuenta de Ahorro Individual del demandante, pues señala que dichas obligaciones son de trato sucesivo y por lo tanto se hacen los respectivos descuentos por el tiempo que impone la Ley 100 de 1993. Resalta que estas sumas no financian la pensión del afiliado y por ende son susceptibles del fenómeno prescriptivo. Así mismo, los rendimientos son una contraprestación del fondo de pensiones producto de la gestión de administración. Por todo lo anterior, no resulta admisible la condena a la devolución de los valores debidamente indexados, toda vez que con el traslado de los aportes se devolvería el 150% de las cotizaciones realizadas durante la vigencia de la afiliación y no habría lugar a la denominada devaluación monetaria de la mesada pensional, situación que concurriría en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Manifiesta que la condena en costas impuestas se torna excesiva pues la parte vencida en juicio es Colpensiones y en caso tal que persista la condena, solicita que sea compartida por las entidades convocadas en este proceso.

**Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)**

**Parte demandante:** Señala que el actor tiene derecho a que se declare la ineeficacia y/o nulidad del traslado efectuado con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., 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 de la demandante, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos trasladados, solicita se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener al demandante en el RPM como si nunca me hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

**Parte demandada**

- **COLPENSIONES:** Manifiesta que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el actor y la AFP COLFONDOS, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o

rescisión judicial. No obstante, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durara cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato que en este caso fue el 1 de diciembre de 1995, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse solicitado antes de abril de 1999.

- **COLFONDOS S.A.:** Guardó silencio en esta etapa procesal.

## **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, la injerencia de Colpensiones como tercero ajeno de buena fe y la descapitalización del sistema general de pensiones.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 5 de marzo de 2021 (expediente digital), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional del actor**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al RAIS desde el 8 de mayo de 1996 cuando solicitó su vinculación a la AFP Colfondos S.A. (expediente digital).

### **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP no le

suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor el 8 de mayo de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colfondos S.A. (expediente digital), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr.

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.** La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la

---

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

<sup>3</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanen de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antecedenza de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Sin embargo, la AFP Colfondos no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, pese a que también fue allegada la solicitud de afiliación (expediente digital) con la firma de la demandante consignada, la que no es prueba suficiente para acreditar un consentimiento debidamente informado, pues no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Colfondos, se limitó a manifestar que brindó una asesoría clara, precisa y suficiente en cuanto a las ventajas y desventajas del traslado y que cumplió con las previsiones del Dto. 692 de 1994. Sin embargo, no encuentra esta Sala la realización de

---

<sup>3</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

proyección de mesada pensional, tampoco el cálculo de la tasa de reemplazo en una y otra administradora y el calculó del IBL del demandante. Información que debió ser suministrada al momento del traslado, no posterior al mismo, como quiera que es un elemento que permite inferir el cabal cumplimiento del deber de información, al ilustrar al afiliado para que tomara la decisión más óptima aplicable a su caso en particular. Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de brindar características generales de cada régimen pensional o trasladarse de AFP, pues contar con tal información sin la proyección real del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, ya que es evidente que en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta. Es preciso recordar que el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, ya que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia *CSJ SL 3871 de 2021*, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

Respecto a lo afirmado por los recurrentes sobre la exigencia de una prueba a cargo de las AFP que no corresponda a la normatividad vigente al momento del traslado, se reitera que el deber de información es una obligación que existía desde la creación del sistema de seguridad social y que en virtud de la inversión de la carga de la prueba, le corresponde a la administradora de pensiones aportar el material probatorio que dé cuenta de ello, sin limitar el medio de prueba que se pretenda hacer valer en su defensa. Sobre este punto, resulta prudente traer a colación la sentencia CSJ SL 3871 del 25 de agosto de 2021, la cual precisó;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689- 2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-*

*2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria”*

### **Devolución de los gastos de administración**

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en contra de la AFP Colfondos, es preciso indicar tal como lo indica la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, “*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás , es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*”, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba trasferir por parte de Porvenir a Colpensiones 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 lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones, de la cual no se desconoce su injerencia como tercero ajeno al acto de afiliación, pero que pese a ello debe recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020<sup>4</sup>) y evitar un enriquecimiento sin justa causa.

En este sentido, pese a que Colpensiones es un tercero ajeno al acto de afiliación entre el accionante y la AFP, está obligado a recibir como afiliado al Régimen de

<sup>4</sup>. *El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.*

Prima Media al demandante, debido a que en razón a la declaratoria de nulidad todo debe retornar a su estado anterior. Y son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de sostenibilidad financiera (SL2877-2020<sup>5</sup>).

### **Indexación**

Respecto a la condena de la devolución de los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del afiliado debidamente indexados, es de tener en cuenta que la orden del A quo fue precisamente que COLFONDOS reintegre a COLPENSIONES todos los recursos causados en virtud de la afiliación, lo que implica la restitución de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, con sus respectivos bonos pensionales, rendimientos, saldos, frutos, intereses, cuotas de administración y primas para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencias, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, administrados por la AFP; debiendo entenderse que con el valor global de estos dineros, se garantiza cualquier corrección monetaria a que haya lugar, ya que esos rendimientos no pueden ser inferiores al valor indexado de los aportes. En ese orden, la condena **indexada** se **revoca**.

### **Prescripción**

En relación con el argumento de Colfondos S.A., en cuanto a que la devolución de los gastos de administración se encuentra sujetos a la prescripción, La Sala advierte que no acoge los argumentos expuestos, toda vez que estos se deducen de los aportes efectuados por el afiliado, y son destinados a la administración de los recursos; de ahí que se espera recibir como contraprestación el pago de una suma adicional, para que así se pueda financiar la pensión. Contrario a lo afirmado por la administradora de pensiones, los gastos de administración no pueden someterse a

---

<sup>5</sup>. *El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.*

la prescripción de las acciones laborales, ya que haría nugatorio el derecho pensional que es de carácter imprescriptible.

### **Aplicación del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia**

En lo que tiene que ver con la alzada de Colpensiones acerca de una errónea aplicación indiscriminada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es preciso indicar que La Corte Constitucional ha fijado que el precedente doctrinal es de obligatoria observancia tanto horizontal como verticalmente y debe ser tenido en cuenta en la resolución de casos semejantes, dado que garantiza la consonancia de las decisiones judiciales, la seguridad y coherencia del sistema jurídico, la efectividad del principio de igualdad y control de la actividad judicial. De esta forma, la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001<sup>6</sup>, dispuso; "*La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. [...] si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley*". En tal medida, la fuerza vinculante de la jurisprudencia, también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora en algunos casos puede derivar en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por los altos tribunales en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida. En consecuencia, la jurisprudencia reiterada y

---

<sup>6</sup> *Esta función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Por tal motivo, la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. De ahí se deriva la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado y el sentido de la expresión "probable" que la norma acuña a la doctrina jurisprudencial a partir de la expedición de la Ley 169 de 1896. La palabra probable, que hace alusión a un determinado nivel de certeza empírica respecto de la doctrina, no implica una anulación del sentido normativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema.*

pacífica de la Corte Suprema de Justicia en relación a la nulidad de traslado de régimen pensional es ampliamente acogida por esta Sala.

### **Condena en costas**

Respecto de la inconformidad de COLFONDOS por la condena en costas impuesta en primera instancia, las cuales considera que no debía imponerse solamente en su contra porque de ese modo equivaldría a una sanción o indemnización por perjuicios, por lo que también debían ser condenadas las otras demandadas que resultaron vencidas en el proceso. Sobre este aspecto, es menester indicar que la recurrente no pretende que se le absuelva de la condena en costas, sino que también se condene a las otras demandadas al pago de costas en el proceso, por lo que advierte la Sala que no le asiste interés a PORVENIR S.A. para solicitar que se imponga esta condena a las otras demandadas, en la medida en que las costas fueron declaradas en favor de la parte actora quien no interpuso recurso alguno para que fueran condenadas las demás demandadas al pago de esta condena, razón por la cual la Sala se abstiene de resolver sobre esta inconformidad.

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

### **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) SMMLV para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO. - MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia apelada el cual quedará así:

**"SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor JORGE TÉLLEZ GUTIÉRREZ. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**SEGUNDO. – EN LO DEMÁS CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de febrero de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**TERCERO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) SMMLV para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

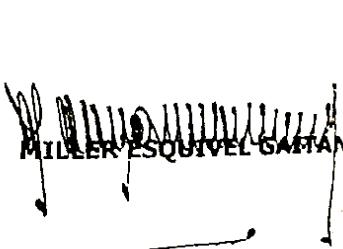
**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESCRIVÉ GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE AMOS ALEXANDER ARRIETA MUÑOZ CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2021 00433 01 Juz 23.**

En Bogotá D.C., a los siete (7) días de julio de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

AMOS ALEXANDER ARRIETA MUÑOZ demandó a la AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 15 de agosto de 1964. Inició sus aportes a pensión en el RPM a través del ISS cotizando un total de 156 semanas. Durante toda su vida laboral ha cotizado un total de 1268. El 15 de junio de 1999 se trasladó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías. El 12 de

agosto de 2002 se vinculó al fondo de pensiones Santander S.A. Posteriormente se afilió a la AFP Porvenir el 1 de abril de 2003. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro individual. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. El 5 de abril de 2021, solicito a Porvenir S.A., un estudio de su pensión probable, la que fue resuelta el 26 de abril de 2021 donde se le informó que la pensión de vejez iba a ascender a la suma de \$3.310.600, cálculo que se realizó según lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, precisa que la mesada pensional a la que tendría derecho en el RPM ascendería a \$8.200.912. Radicó reclamación administrativa ante Colpensiones, la cual fue rechazada mediante comunicación escrita de fecha 6 de agosto de 2021.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,**  
dio respuesta en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, la edad cumplida por el demandante al momento de presentación de la demanda, la afiliación efectuada ante el ISS, la solicitud de traslado de régimen pensional, la contestación de Colpensiones a la solicitud, la reclamación administrativa, la comunicación enviada por Colpensiones, la afiliación al ISS, el traslado efectuado al RAIS, la fecha de nacimiento del demandante, el agotamiento de la reclamación administrativa y la respuesta emitida por Colpensiones.
- Formuló como excepciones de fondo; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineeficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia del consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (*acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política*), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta

de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica.

**La AFP COLFONDOS S.A.,** contestó en los términos del escrito visibles en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, la edad cumplida por el demandante al radicar la demanda y la afiliación a Colfondos S.A.
- formulo como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y genérica.

**PORVENIR S.A.,** contestó en los términos del escrito visibles en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- No acepto ninguno de los hechos.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

**La AFP PROTECCIÓN,** dio respuesta en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, la edad cumplida por el demandante al momento de presentación de la demanda y la afiliación efectuada por Amos Alexander Arrieta Muñoz.
- Propuso como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, Aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General De Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima

del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 25 de febrero de 2022 en la cual dispuso:

**"PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante AMOS ALEXANDER ARRIETA MUÑOZ, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y por ende a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de agosto de 1999 y el 30 de septiembre de 2002, 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, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

**PARÁGRAFO:** Se autoriza efectuar el descuento del dinero que trasfirió a la AFP PROTECCIÓN con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el día 01 de octubre de 2002.

**TERCERO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de octubre de 2002 y el 31 de mayo de 2003, 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, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

**PARÁGRAFO:** Se autoriza efectuar el descuento del dinero que trasfirió a la AFP PORVENIR con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante el día 01 de junio de 2003.

**CUARTO: CONDENAR** a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, 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, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

**QUINTO: DECLARAR** que el demandante AMOS ALEXANDER ARRIETA MUÑOZ se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por las razones expuestas.”

Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento del traslado de régimen, por lo que ante tal omisión el actor debía retornar al RPM y las AFP demandadas devolver todos los dineros indexados que manejaron en las cuentas de ahorro individual del demandante.

### **Recurso de apelación**

**COLPENSIONES:** Afirma que en el presente caso no existen elementos que evidencien algún vicio del consentimiento y al momento del traslado no contaba con una expectativa legítima pensional. De igual forma el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003, pues no es beneficiario del régimen de transición para regresar en cualquier tiempo al RPM. Se evidencia que existe una ratificación de su intención de permanecer afiliado al RAIS a través de los múltiples traslados horizontales efectuados entre fondos de pensiones.

**AFP COLFONDOS:** solicita se revoque la condena de gastos de administración, primas de seguro previsional y traslado de los demás valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, pues señala que dichas obligaciones son de trato sucesivo y por lo tanto se hacen los respectivos descuentos por el tiempo que impone la Ley 100 de 1993, siendo susceptibles del fenómeno prescriptivo. Por todo lo anterior, no resulta admisible la condena a la devolución de los valores debidamente indexados, toda vez que estas sumas se generan por la obligación de las AFP de generar una rentabilidad mínima durante la vigencia de la afiliación, situación que concurriría en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. En caso de confirmarse la decisión, solicita se ordene indexar únicamente los gastos de administración tal y como lo contempla la Corte Suprema de Justicia.

**PROTECCIÓN S.A.:** solicita se revoque la condena de la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional, entendiéndose que es un descuento autorizado por la Ley 100 de 1993, además de ser una contraprestación a la gestión de administración de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante. Dichos conceptos no están destinados a financiar directamente la mesada pensional del actor y sí generan un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

**AFP PORVENIR:** No es procedente la declaratoria de la afiliación, pues no era obligación de las AFP cumplir con los preceptos referentes al deber de información, ya que en la época del traslado estaba vigente el Decreto 720 de 1994 y la circular 19 de 1998 emitidas por la Superintendencia Financiera. Señala que el traslado fue valido, pues hubo una plena expresión de la voluntad mediante el diligenciamiento del formulario, que da cuenta de la información brindada, completa y comprensible respecto a las características del régimen. Frente a la condena de la devolución de los gastos de administración, no es factible, toda vez que se destina un 3% de comisión para cubrir los riesgos y prestaciones de sobrevivencia, vejez e invalidez. La Superintendencia financiera ha indicado que las únicas sumas que deberán devolverse de ser procedente la declaratoria de nulidad del traslado, son los aportes junto con los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, excepto sumas de seguro previsional y gastos de administración, pues es una contraprestación a la gestión de administración del fondo de pensiones. Reitera que estos rubros no están destinados a financiar la pensión de vejez y están afectados por el fenómeno de la prescripción.

### **Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)**

**Parte demandante:** Aclara que en ningún momento lo que se busca es la conservación de los beneficios transicionales sino la garantía del derecho a la información, ya que el actor a la fecha no ha solicitado ni ostenta el status de pensionado. En este sentido es importante señalar que adicional a las disposiciones legales en la materia sobre el deber de información, en la presente litis se trae a colación jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral ya que es plenamente aplicable al caso, teniendo en cuenta que el factor común en los casos analizados por dicha corporación, más allá de tratarse de casos de personas con régimen de transición y/o exceptuadas del Sistema General de Pensiones, el

común denominador de todos los casos es la falta del deber de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones, tal como lo ha expresado. En efecto, la Corte no ha condicionado su jurisprudencia a que el afiliado demuestre ser beneficiario del régimen de transición, ni tampoco tendría justificación constitucional otorgar tal derecho a un grupo de afiliados en desmedro de otros.

### **Parte demandada**

- **COLPENSIONES:** guardó silencio en esta etapa procesal.
- **PORVENIR S.A.:** solicita analizar las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineffectuación del acto jurídico por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, como quiera que mi representada 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 reitera 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 lo expuesto por la parte actora, en diferentes actos ejecutados por la parte demandante, pruebas que analizadas en conjunto y de manera crítica, sin duda exhiben el tan mentado consentimiento informado, más allá del momento mismo del traslado.
- **PROTECCIÓN S.A.:** guardó silencio en esta etapa procesal.
- **COLFONDOS S.A.:** guardó silencio en esta etapa procesal.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto*

*del recurso de apelación*”, el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineeficacia del traslado de régimen, la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional indexados (conforme lo peticionó Colfondos), sí la orden del A quo atenta contra la descapitalización del sistema general de pensiones y constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 6 de agosto de 2021 (expediente digital), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional del actor**

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al RAIS desde el 1º de abril de 2003 cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir S.A., luego de haber estado afiliado a la AFP ING desde el 12 de agosto de 2002 (hoy Protección S.A.) (expediente digital) y Colfondos S.A. (expediente digital) a partir del 15 de junio de 1999. (consulta Asofondos – folio 32).

### **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor el 15 de junio de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colfondos S.A. (expediente digital), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces

<sup>1</sup> *Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Ely del

---

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

<sup>3</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial

afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

---

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”*

<sup>3</sup> “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanen de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

Sin embargo, la AFP Colfondos no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, pese a que también fue allegada la solicitud de afiliación (expediente digital) consignada con la firma de la demandante, no es prueba suficiente para probar un consentimiento debidamente informado, pues no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

La AFP Colfondos, se limitó a manifestar que brindó una asesoría clara, precisa y suficiente en cuanto a las ventajas y desventajas del traslado y que cumplió con las previsiones del Dto. 692 de 1994. Sin embargo, no encuentra esta Sala la realización de proyección de mesada pensional, tampoco el cálculo de la tasa de reemplazo en una y otra administradora y el calculó del IBL del demandante. Información que debió ser suministrada al momento del traslado, no posterior al mismo, como quiera que es un elemento que permite inferir el cabal cumplimiento del deber de información, al ilustrar al afiliado para que tomara la decisión más óptima aplicable a su caso en particular. Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de brindar características generales de cada régimen pensional o trasladarse de AFP, pues contar con tal información sin la proyección real del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

---

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”*

Es preciso recordar que el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, pues para ello se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia *CSJ SL 3871 de 2021*, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

Entonces, no es que se exija una determinada prueba a cargo de las AFP que no corresponda a la normatividad vigente al momento del traslado, pues se reitera el deber de información es una obligación que existía desde la creación del sistema de seguridad social y que en virtud de la inversión de la carga de la prueba, le corresponde a la administradora de pensiones aportar el material probatorio que dé cuenta que cumplió con los deberes a cargo, sin limitar el medio de prueba que se pretenda hacer valer en su defensa. Sobre el punto resulta necesario traer a colación la sentencia CSJ SL 3871 del 25 de agosto de 2021, la cual precisó;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689- 2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

Así las cosas, se colige que la orden del A quo de disponer el regreso del actor al RPM se encuentra acorde con los postulados enseñados por la SL CSJ.

### **Devolución de los gastos de administración**

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en contra de la AFP Colfondos, es preciso indicar tal como lo indica la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de

julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, “*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás , es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*”, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de Porvenir a Colpensiones 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 lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones, de la cual no se desconoce su injerencia como tercero ajeno al acto de afiliación, a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020<sup>4</sup>) y evitar un enriquecimiento sin justa causa.

### **Indexación**

Respecto a la condena de la devolución de los valores contenidos en las diferentes cuentas de ahorro individual del afiliado debidamente indexados, La Sala considera que con todas las sumas de dinero que se deben devolver en estos casos, la actualización del dinero que comprende la figura de la indexación ya se encuentra inmersa en tales rubros, por ende no se comparte la orden de devolver las sumas que se generan en las cuentas de los afiliados de forma indexada, por tanto en el asunto si bien, el juez ordenó a todas las AFP devolver los dineros indexados como en el asunto solamente objetó esta situación la demandada **COLFONDOS**, pues las demás guardaron silencio, La Sala solamente va a modificar lo relacionado con la

---

<sup>4</sup>. *El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.*

condena a esta apelante únicamente en lo relacionado con la indexación para **revocarla**.

Finalmente resulta oportuno indicar que la devolución de los gastos de administración no se encuentra sujeta a la prescripción toda vez que estos se deducen de los aportes efectuados por el afiliado, y son destinados a la administración de los recursos; de ahí que se espera recibir como contraprestación el pago de una suma adicional, para que así se pueda financiar la pensión, por tanto los gastos de administración no pueden someterse a la prescripción de las acciones laborales, ya que haría nugatorio el derecho pensional que es de carácter imprescriptible.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la **modificación** de la sentencia únicamente en cuanto a la indexación que alegó COLFONDOS.

### **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) SMMLV para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas, excepto a COLFONDOS a quien le prosperó parcialmente el recurso.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO. - MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de febrero de 2022, el cual quedará así:

**"SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada *COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS* a devolver a la *ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES*, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de agosto de 1999 y el 30 de septiembre de 2002, 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".*

**SEGUNDO.** -En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia apelada por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**TERCERO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) SMMLV para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas, excepto a COLFONDOS a quien le prosperó parcialmente el recurso.

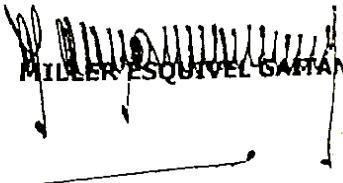
**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.**

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL  
PROCESO SUMARIO DE SUMMAR PROCESOS SAS CONTRA COOMEVA EPS.  
Rad. 2021 01726 01.**

En Bogotá D.C., a los dieciséis (16) días del mes de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (03:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo esta audiencia, el Magistrado ponente la declaró abierta en asocio de los restantes Magistrados con quienes integra la Sala de decisión.

En ejercicio de la competencia conferida por el artículo 22 numeral 1º del Decreto 1018 de 2007, el Magistrado Ponente en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**

SUMMAR PROCESOS SAS solicitó se ordenara a COOMEVA EPS reconocer y pagar las incapacidades que se relacionan en la solicitud (fl. 1 a 6) por cuanto fueron reconocidas por la empleadora y se ordene igualmente, el pago de los intereses de la que trata el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002 o la correspondiente actualización monetaria y las costas a cargo de la EPS demandada.

En los hechos se describen a folio 1 a 4, se indica que la empresa suscribió contrato de trabajo con los empleados que se relacionan a folio 1 y 2 del expediente y para cada uno de ellos la EPS COOMEVA reconoció diferentes incapacidades que fueron reconocidos y canceladas por la empleadora. Posteriormente solicitó a la EPS COOMEVA el pago de las incapacidades mediante derechos de petición de fecha 30 de mayo de 2017, 12 de diciembre de 2017, 18 de enero de 2018 y 14 de marzo de 2018 y que COOMEVA EPS no dio respuesta respecto de algunas de las incapacidades reclamadas.

## **Actuación Procesal**

Admitida la solicitud por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación (fl 30), y notificada la demandada COOMEVA EPS no dio contestación a la demanda, tal y como se indicó en la sentencia que es objeto de impugnación.

## **Sentencia de Primera Instancia**

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, profirió decisión de primera instancia el 2 de febrero de 2021 (fl. 35 a 42) en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y condenó a COOMEVA EPS a pagar la suma de \$7.937.334 dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la providencia, junto con los intereses moratorios desde el 10 de marzo de 2018 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago y la condenó al pago de las costas del proceso.

Para tomar esa decisión, una vez revisadas las documentales aportadas, señaló que conforme al artículo 227 del CST, se debe efectuar el pago en caso de incapacidad comprobada por el trabajador para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional y que el trabajador tiene derecho al pago de un auxilio monetario hasta por 180 días así: las 2/3 partes del salario durante los 90 días y la mitad del salario por el tiempo restante. Mencionó que conforme a la sentencia C-543 DEL 2007, se condicionó el citado artículo bajo el entendido de que el auxilio por enfermedad no puede ser inferior al mínimo legal vigente y acorde a ello determinó como valor de las incapacidades otorgadas a los trabajadores de la empresa demandante, una suma de \$7.937.334.

En cuanto a los intereses de mora tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 parágrafo primero, toda vez que la parte actora efectuó el requerimiento correspondiente, razón por la que ordenó el pago de los intereses a partir del día siguiente al requerimiento, esto es, a partir del 10 de marzo de 2018 y la condenó al pago de las costas.

## **Recurso de Apelación**

La entidad demandada interpone recurso de apelación que fue concedido mediante auto del 24 de junio de 2021 (fl. 58), mediante el que pretende la recurrente se revoque la sentencia con fundamento en los siguientes argumentos:

- 1) No hay derecho al reconocimiento de las incapacidades vencidas que se relacionan a folio 48 anverso, dado que las prestaciones económicas prescriben de acuerdo con la Ley 1438 de 2011 artículo 28 en el término de 3 años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente.
- 2) Incapacidad con marcación de retiro del trabajador CESAR AUGUSTO CARDONA GRIMALDO quien presenta novedad de retiro y YADIS JIMENA CORTÉS FERRÍN por mora en el pago de las cotizaciones, por lo que el reconocimiento de la prestación no se encuentra incluida dentro de las coberturas en estos casos.
- 3) Que el empleador no hizo los reportes a la novedad de retiro en forma oportuna, por lo que no se reconocieron las prestaciones correspondientes a los períodos de marzo a diciembre de 2015.
- 4) Falsa motivación de la sentencia respecto de los intereses moratorios pues violan la sostenibilidad financiera y ocasionan un desequilibrio financiero del sistema de salud.
- 5) Buena fe en el reconocimiento de las incapacidades que se relacionan a folio 50 y 51 que manifiesta se encuentran pagadas.

## **CONSIDERACIONES**

### **Competencia**

El artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, concede funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación para fallar con carácter definitivo, con las facultades propias de un juez y dispone que el recurso de apelación se hará ante el superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate. En razón de este presupuesto legal, la Sala abordará el estudio de la alzada.

### **Pago de Incapacidades Médicas**

La accionante acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se definiera en su favor el reconocimiento y pago de las incapacidades expedidas a los trabajadores relacionados a folio 6 del expediente, ya que la EPS encartada no las ha reconocido, no obstante que ha efectuado varios requerimientos.

Lo primero a tener en cuenta es que la demandada EPS COOMEVA no dio contestación a la demanda, por lo que conforme al artículo 97 del CGP la falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.

Adicionalmente, de conformidad con el art. 60 del C.P.T. y S.S., la autoridad judicial, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo, lo cual implica que las partes deben aportar las pruebas dentro de las oportunidades legales o etapas procesales correspondientes, esto es, con la demanda inicial, su respuesta, la reforma a la demanda y su contestación, o en el transcurso del proceso cuando no se tengan en su poder y antes de que se profiera la decisión que ponga fin a la instancia, siempre y cuando hubieran sido solicitadas como prueba y decretadas como tal.

La parte demandada alega que se encuentran prescritas las incapacidades que relaciona al folio 48 anverso; sin embargo, al no contestar la demanda no propuso la excepción de prescripción, por lo que debe recordarse que la prescripción corresponde a una de las excepciones que, en los términos de la legislación procesal, no puede ser declarada de oficio, razón por la que la sentencia recurrida no podía declarar probada la prescripción de las incapacidades que se reclamaban en la demanda, pues la prescripción debe formularse por cada una de las partes interesadas, por lo que, al no haberlo hecho, debe asumir las consecuencias de su actuar.

En relación con el retiro del trabajador CESAR AUGUSTO CARDONA MOLINA y la mora en el pago de las cotizaciones de YADIS JIMENA CORTES FERRÍN no se aportó prueba alguna con el escrito de apelación, por lo que no puede tenerse por demostrados estos hechos ya que no basta para ello con la simple afirmación de la demandada y en consecuencia se debe mantener la decisión respecto de las incapacidades reconocidas a estos dos trabajadores.

En cuanto al pago, que parece proponer como excepción en esta oportunidad, respecto a las incapacidades que se relacionan a folios 50 anverso y 51, aporta la recurrente una relación que indica el envío por correo electrónico unos estados de cuenta de la demandante correspondientes a una oficina de Cali (fl. 52 a 55) sin que sea posible

determinar conforma a ellos, la posible mora respecto del pago de aportes de los afiliados a quienes corresponde las incapacidades que son objeto de cobro en este proceso. Igualmente, obra un estado de pagos a la demandante SUMMAR PROCESOS S.A.S., que acredita el reconocimiento de la suma de \$3.135.838 el 9 de octubre de 2018 (fl. 57), es decir, antes de la presentación de la demanda, sin que de este documento puede establecerse cuales fueron las incapacidades canceladas, ni el nombre de los afiliados a quienes correspondían, por lo que no es posible determinar cuáles de las incapacidades que aquí se cobran fueron canceladas en esa oportunidad o si aún se encuentran pendientes de pago, carga de la prueba que le correspondía aportar a la demandada.

En cuanto a la falsa motivación de los intereses de mora, se fundamenta en que estos afectan la sostenibilidad financiera del sistema, lo que en nada desvirtúa la motivación de la sentencia al respecto, cuyo fundamento fue lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 parágrafo primero, que a la letra reza: “La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002”, pago que como se indicó anteriormente, no fue demostrado por la recurrente.

Conforme a lo expuesto, se **CONFIRMARÁ** la decisión tomada en primera instancia.

## **COSTAS**

Sin costas en la alzada.

## **DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación el día 2 de febrero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS** Sin costas en la alzada.

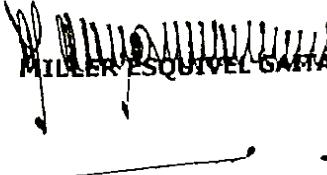
**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER EQUÍVEL GAITÁN