

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 ROSA PARRA GONZÁLEZ
CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2021 – 00262 01.
Juz. 26.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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 ROSA PARRA GONZÁLEZ 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 4 y 5 del archivo 001 "DEMANDA Y ANEXOS" del
expediente digital.

- Nulidad por ineficacia de la afiliación y traslado al RAIS por omisión al deber de información.
- Anulación por ineficacia de la afiliación y traslado entre sociedades del RAIS por omisión de la información de ambas entidades.
- Afiliación al RPM permaneció incólume.
- Traslado de aportes.
- Uso de facultades ultra y extra petita.

- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 5 a 9 del archivo 001. Se afilió al ISS el 17 de octubre de 1985, se trasladó al RAIS administrado por COLPATRIA (luego convertida a HORIZONTE y finalmente a PORVENIR) en el mes de junio de 1994 cuando laboraba para la Sociedad Médica de Zipaquirá, el asesor comercial de COLPATRIA no estaba capacitado en el régimen general de seguridad social en pensiones, por lo que no conocía las particularidades del RPM y del RAIS, por tanto, no le informó a su potencial afiliada las características del régimen privado, las ventajas o posibles desventajas, el capital necesario para poder obtener una prestación equivalente al salario mínimo ni tampoco le efectuó una proyección pensional, simplemente le indicó que el ISS se encontraba en dificultades económicas, por lo que perdería sus aportes. Posteriormente se afilió a COLMENA, fondo que, luego de diversas transformaciones en la actualidad es la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad que no verificó la información que le había sido brindada a la actora y tampoco la asesoró oportunamente. El 18 de diciembre de 2020 agotó ante COLPENSIONES la reclamación administrativa.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 9 de agosto de dos mil veintiuno (Archivo 003) y corrido el respectivo traslado, las llamadas a juicio contestaron como se muestra a continuación:

La **AFP PORVENIR S.A.** como consta en los folios 2 a 30 del archivo 004 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el formulario suscrito con COLPATRIA dos meses después de la entrada en vigencia de la Ley 100/1993, las múltiples fusiones de COLPATRIA a HORIZONTE y luego PORVENIR, el inicio de operaciones de los fondos privados en abril del 94 y el salario mínimo vigente para 1994.
- 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.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,

en los términos del escrito visible a folios 3 a 20 del archivo 006 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación al ISS acaecida en 1985, el cargo, el salario recibido por la actora y el salario mínimo vigente para 1994, el traslado de régimen acontecido dos meses después de entrar en vigencia de la Ley 100/1993 y la reclamación presentada por la actora.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito visto a folios 2 a 29 del archivo 007 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el momento de inicio de operaciones de los fondos privados, el salario mínimo vigente para 1994, el capital consolidado de la actora para el 2021 y las fusiones de la AFP COLMENA hasta convertirse en PROTECCIÓN.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se 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, aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 25 de abril de 2022 mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante Carmen Rosa Parra González del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **PROTECCIÓN** a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES** totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR al fondo de pensiones **PORVENIR** a que transfiera a la administradora colombiana de pensiones **COLPENSIONES**, los dineros descontados por concepto de gastos de administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

CUARTO: CONDENAR a la demandada **COLPENSIONES** a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los demandados **PORVENIR Y PROTECCIÓN**; a razón de un 50% c/u. Fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000)."

Llegó a esta determinación por cuanto del formulario allegado por PORVENIR, solo se demuestra el diligenciamiento y firma por parte de la actora, pero no se acredita que información o asesoría le fue brindada a la demandante al momento de suscribir dicho formulario. Además, conforme a la respuesta brindada por PRADA JAIMES en su interrogatorio, el formulario fue diligenciado al momento de ingresar a trabajar con un nuevo empleador, quien le manifestó que debía afiliarse a COLPATRIA (hoy PORVENIR) para el tema de pensiones y a una EPS específica en tema de salud, por lo que no hubo mediación de un asesor del fondo privado que le informara las características del RAIS y las diferencias con el RPM, dicha situación tampoco fue subsanada al momento de la suscripción del formulario de afiliación con COLMENA (hoy PROTECCIÓN) en razón a que se presentan inconsistencias en la información allí plasmada, como el hecho de que dice que es un traslado de régimen cuando ella ya estaba afiliada al RAIS, y si bien en el

interrogatorio afirmó que le indicaron que podía pensionarse con dos salarios mínimos, fue la única información que le brindaron. Indicó que trasladarse entre uno u otro fondo privado no es garantía de que el afiliado conozca las características y el funcionamiento de los mismos, por lo que se apartó de la tesis de los actos de relacionamiento. Conforme a los criterios jurisprudenciales de la SL CSJ ordenó a las AFP demandadas retornar las sumas descontadas por concepto de gastos de administración mientras la actora estuvo afiliada a cada uno de ellos y declaró no probadas las excepciones propuestas, en especial la de prescripción por cuanto lo que se discute en el proceso es un punto de derecho derivado del derecho fundamental a la seguridad social, el cual es imprescriptible y decidió condenar en costas solamente a los fondos privados demandados.

Recurso de apelación

COLPENSIONES: No interpuso recurso.

PROTECCIÓN: Indicó que no procede la devolución de los gastos de administración y seguro previsional, por cuanto son sumas autorizadas para ser descontadas por disposición legal, además, conforme a los extractos y la historia laboral de la actora se demuestra que ha obtenido rendimientos de hasta el 150% de sus aportes, por lo que ordenar la devolución de dichas sumas constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, ya que se le están devolviendo los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la actora, por lo que consideró que no procede dicha devolución conforme al Art. 1746 del C. Civil. Mencionó que no procede la devolución de dichas sumas conforme lo ha indicado la Superintendencia Financiera de Colombia en sus diversos conceptos, además, citó un pronunciamiento de la Dra. Ana María Muñoz Segura para soportar su tesis de que tampoco procede la devolución de las sumas descontadas por seguro previsional, ya que el fondo se encuentra imposibilitado de recuperar dichos valores al haber sido pagados a un tercero de buena fe, como lo es la aseguradora correspondiente. Aseveró que si se mantiene la condena a devolver las mencionadas sumas, se constituye como una indemnización de perjuicios, la cual debe revisarse a la luz de una responsabilidad civil, proceso distinto al que se desarrolló en esta oportunidad. Por último, indicó que a las sumas descontadas se les aplica el término trienal de prescripción por cuanto no

son valores que financien una posible prestación pensional, además que son descontados periódicamente.

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, además que la actuación del fondo privado siempre ha sido de buena fe.

Adujo que la actora se encontraba en la posibilidad de informarse por su cuenta tanto de la Ley 100/1993 como de la Ley 797/2003, que además, los traslados horizontales reúnen las características de los actos de relacionamiento, tal como se dispuso en pronunciamientos jurisprudenciales del año 2020 de la CSJ, que permiten demostrar que es la voluntad de la afiliada de la afiliada permanecer en uno u otro fondo que compiten entre sí y que por ello, conoce del funcionamiento de los mismos.

Sobre la condena a devolver los gastos de administración manifestó que dichas sumas son descontadas por mandato legal, además de que son producto de la buena gestión de administración de los recursos de la actora por parte del fondo, además, dicha devolución resulta improcedente conforme a lo manifestado en los conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Por último, por cuanto a su criterio indicó que debe revocarse la decisión de primera instancia, sostuvo que también debe revocarse la condena de costas y agencias en derecho.

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

Parte demandante: Pidió, en resumen, se confirme la decisión en razón a que, conforme el criterio jurisprudencial de la SL CSJ la AFP no cumplió con el deber de información que le asistía al momento del traslado de régimen.

Parte demandada.

COLPENSIONES: Solicitó se revoque la decisión en razón que el traslado fue válido, no se acreditó la ocurrencia de vicios del consentimiento ni tampoco se acreditó el incumplimiento al deber de información alegado por la actora, además, manifestó que con la decisión de instancia se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

PORVENIR: Reiteró los argumentos expuestos en el 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, la orden de devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración emitida contra PORVENIR y PROTECCIÓN y si procede la revocatoria de la condena en costas solicitada por PORVENIR.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 18 de diciembre de 2020 (Fls. 24 y 25 Archivo 001) en la que solicitó la nulidad del traslado al RAIS y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública (Fls. 26 a 28 Archivo 001), 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 20 de junio de 1994 cuando solicitó su afiliación a la AFP COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.), conforme se denota del formulario de afiliación visto a folio 71 del archivo

001 y 33 del archivo 004 del expediente digital y, posteriormente, se afilió a la AFP COLMENA (hoy PROTECCIÓN S.A.) el 29 de junio de 1995, conforme se denota del formulario visto a folios 57-58 del archivo 001 y 38-39 del archivo 007 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 COLPATRIA (hoy 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 20 de junio de 1994, diligenció una solicitud de vinculación a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. (Formulario visible a folio 71 archivo 001 y 33 archivo 004) con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las

¹ **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

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 Villegas² 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 COLPATRIA hoy 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 (SL3034-2021³, 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

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)

² "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"

³ "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"

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. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

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 con la extinta COLPATRIA 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 cuanto 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 1995 a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., ya

⁴ "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"

que, como lo ha rememorado la Sala Permanente Laboral de la CSJ, dichos actos denominados como “de relacionamiento” 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 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.

Ahora bien, respecto de la tesis de PORVENIR de que la actora debía informarse por su cuenta y que al no hacerlo, no puede alegar que el fondo privado no la informó debidamente, es menester recordar, tal como se dijo en precedencia, que el deber de información está en cabeza principalmente del fondo privado de pensiones, por lo que, la desidia del afiliado de informarse por su cuenta no es justificación válida para que la entidad incumpla su responsabilidad y deber legal, así como tampoco lo sería que la demandante contara con una profesión u oficio por el cual contara con conocimientos en seguridad social, ya que ello tampoco validaría el incumplimiento de la entidad, situaciones ya mencionadas por los diversos pronunciamientos de la SL CSJ.

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 Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al

⁵ “ 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

momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019), por lo anterior, para la Sala no hay duda que la actora no fue informada en debida forma al momento de efectuarse el traslado de régimen, por lo que la decisión de instancia se **CONFIRMARÁ** en ese aspecto.

Devolución de los gastos de administración.

Por cuanto dicha condena fue apelada por las demandadas **PORVENIR** y **PROTECCIÓN**, se procederá a resolver de manera conjunta los argumentos por ellos expuestos, no sin antes aclarar que respecto de las cuotas de seguro previsional, la sentencia dictada por la A quo no ordenó su devolución, por lo tanto, conforme al Art. 66A del C.P.T.S.S. la Sala se abstiene de pronunciarse al respecto.

Respecto a la apelación de PORVENIR y PROTECCIÓN 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 las AFP a COLPENSIONES **TODOS** los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, 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 y son vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, 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

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).

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, porque, 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 PARRA GONZÁLEZ 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."

Respecto a lo mencionado por Protección sobre el hecho de que al ordenar la devolución de los gastos de administración se constituye una indemnización de perjuicios no discutida en el trámite del proceso, además que, conforme a

pronunciamientos jurisprudenciales tampoco procede dicha devolución, es menester indicar que dicha orden no constituye de manera alguna una indemnización de perjuicios, por lo que, al ordenarse su retorno al RPM esos valores harán parte integral de las sumas a tenerse en cuenta para un posible reconocimiento pensional, por lo que en ningún momento se entiende con ellas que se busque el cobro o reconocimiento de perjuicios, así como tampoco es de recibo para la Sala la tesis de que no deben ser devueltas conforme a lo dispuesto por la Honorable Magistrada Dra. Ana María Muñoz Ceballos, ya que, como se indicó en precedencia, los pronunciamientos emitidos por la Sala de Descongestión Laboral de la CSJ no deben tenerse como regla jurisprudencial, ya que el legislador no les otorgó dicha facultad al momento de la creación de la mencionada sala.

Tampoco es de recibo la tesis de que esas sumas al ser descontadas de manera periódica se les aplica el fenómeno de la prescripción, ya que, como lo mencionó la A quo, el derecho discutido en el proceso hace parte integral del derecho fundamental a la seguridad social, el cual es imprescriptible, por lo que, todo lo que se derive de dicho derecho, como lo son las sumas ordenadas a retornar al RPM en virtud de la declaratoria de ineficacia, no se les aplica el termino indicado en el artículo 488 del C.S.T. en concordancia con el Art. 151 del C.P.T.S.S.

Finalmente, respecto a la solicitud de revocatoria de la condena en costas impuesta en primera instancia en contra de **PORVENIR**, se precisa que, como la decisión proferida en esta instancia es confirmatoria, no habrá lugar a revocarse dicha condena, la cual se encuentra ajustada a lo previsto en el Art. 365 del C.G.P.

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

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR** 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

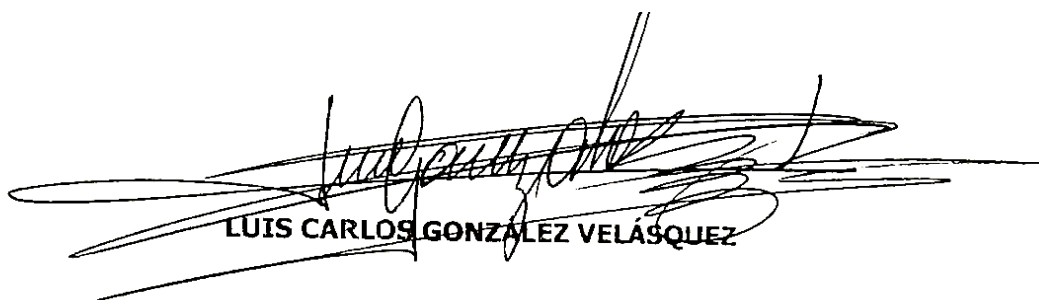
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el veinticinco (25) de abril de dos mil veintidós (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 **PORVENIR** 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.

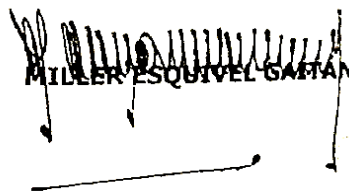
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DARÍO ALBERTO MARÍN OCHOA
CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2020 - 00304 01. Juz.
05.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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

DARÍO ALBERTO MARÍN OCHOA 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 1 y 2 del archivo 001 del expediente digital.

- Ineficacia del traslado de régimen realizado el 1 de abril de 2001.
- Ineficacia del traslado horizontal.
- Ordenar a COLPENSIONES recibir sin solución de continuidad al actor.
- Tener como afiliación válida la realizada el 1 de agosto de 1979 al ISS.
- Se declare que es beneficiario del régimen de transición.
- Se declare que la pensión de vejez reconocida mediante resolución No. GNR 282879 del 12 de agosto de 2014 tuvo su causación a partir del 2 de febrero de 2014.

- Se declare que la primera mesada pensional causada equivale a la suma de \$2'291.033.
- Condenar a COLPENSIONES a pagar las diferencias en el monto de la mesada pensional.
- Indexación de las condenas.
- Pago de costas y gastos del proceso.
- Uso de facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 5 del archivo 001 del expediente digital. Nació el 20 de diciembre de 1953, se afilió al extinto ISS el 1 de agosto de 1979 y el 1 de abril de 2001 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; traslado que no estuvo precedido de la suficiente ilustración e información respecto de las características del RAIS, sus condiciones particulares y las posibles ventajas o desventajas de su decisión. Efectuó cotizaciones al RAIS hasta el 31 de octubre de 2009, calenda en la cual estaba afiliado a ING hoy PROTECCIÓN S.A. Posteriormente, solicitó su traslado de régimen hacia el ISS hoy COLPENSIONES en virtud de lo dispuesto en la sentencia C-1024 de 2004, traslado que fue aceptado por la entidad publica el 1 de septiembre de 2009, por lo que se efectuó el traslado de aportes depositados en la cuenta de ahorro individual con destino a COLPENSIONES.

A corte del 31 de diciembre de 2012 había cotizado un total de 1.614 semanas, por lo que el 13 de febrero de 2014 radicó en COLPENSIONES los documentos para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, prestación reconocida mediante resolución No. GNR 282879 del 12 de agosto de 2014, en cuantía de \$2.291.033, conforme un IBL de \$3.118.324 y tasa de reemplazo del 73.47%, liquidación realizada conforme el Art. 33 de la Ley 100/1993, modificado por el Art. 9 de la Ley 797 de 2003. El 14 de agosto de 2014 interpuso recurso de reposición en subsidio apelación a fin de que se estudiara el reconocimiento pensional en aplicación del Régimen de Transición (Arts. 12 y 20 Decreto 758 de 1990); sin embargo, COLPENSIONES denegó el recurso de reposición y en sede de apelación mediante Resolución VPB 41697 del 8 de mayo de 2015 reliquidó la prestación a partir del 2 de febrero de 2014 en cuantía de \$2.300.495, liquidación que se basó en 1622 semanas cotizadas con un IBL de \$3.131.629 con tasa de reemplazo del 73.46%.

Inconforme con el valor de su mesada pensional, promovió demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES; proceso tramitado ante el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá con radicado 2015–00614 en el que solicitó la reliquidación de la pensión, decisión absolutoria en razón a que al haber estado afiliado al RAIS perdió el Régimen de Transición.

Finalmente, indicó que elevó peticiones a las 3 demandadas el 15 de septiembre de 2020, a fin de que se declarara la ineficacia del traslado de régimen.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 26 de octubre de 2020 (folios 158 a 160 archivo 001) y corrido el respectivo traslado, las llamadas a juicio contestaron como se muestra a continuación:

La **AFP PORVENIR S.A.** como se vislumbra a folios 327 a 353 del archivo 001 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, los demás no le constan.
- 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 **AFP PROTECCIÓN S.A.** como se evidencia a folios 417 a 424 del archivo 001 del expediente digital.

- Se opuso a algunas pretensiones, a las demás manifestó no pronunciarse por van dirigidas en su contra.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y la solicitud de ineficacia presentada ante esa AFP.
- Formuló como excepción de fondo la falta de legitimación en la causa por pasiva.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda en los términos del escrito visible a folios 443 a 460 del archivo 001 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, el momento en que se afilió al ISS, las cotizaciones realizadas al RAIS, el traslado de régimen hacia el RPM en virtud de la sentencia C-1024 de 2004, la totalidad de semanas cotizadas en ambos regímenes, el trámite administrativo de la pensión de vejez, el proceso ordinario 2015-0614 en el que el actor solicitó la reliquidación de la pensión, las decisiones judiciales acontecidas en dicho expediente y la solicitud de ineficacia de traslado presentada por Marín Ochoa ante la entidad pública.
- Propuso como excepción previa la de falta de jurisdicción o competencia Art. 100 numeral 1 C.G.P. en concordancia con el artículo 303 del C.G.P. Cosa juzgada.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia 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, 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.

En audiencia llevada a cabo el 29 de septiembre de 2021 el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá aceptó el desistimiento de la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia y declaró no probada la de cosa juzgada en razón a que no se configuraron los presupuestos del Art. 303 del C.G.P. y le impuso costas a COLPENSIONES por 1 salario mínimo, decisión que quedó en firme.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 29 de septiembre de 2021 mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CENSATÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

TERCERO: SIN COSTAS.

CUARTO: En caso que este fallo no fuera apelado, **CONSÚLTESE** con el superior a favor del **DEMANDANTE.**”

Llegó a esta determinación por cuanto el actor se trasladó al RPM en el año 2009, solicitó su pensión en 2013 y la misma le fue reconocida en 2014, por lo que, a partir de cualquiera de esos años contaba con tres años para interponer la acción de nulidad o ineficacia, situación que no ocurrió sino hasta 2020, además, consideró que la prescripción normalmente no se aplica en casos de nulidad o ineficacia pero es en razón a que en su mayoría, los demandantes ostentan la calidad de afiliados; situación que no ocurre en este caso, ya que acá el demandante goza del status de pensionado, por lo que, la acción debía interponerse dentro del término trienal. Decidió no condenar en costas.

Recurso de apelación

Demandante: Hizo referencia a las actuaciones previas a la interposición de la presente demanda, como le fue el traslado al RPM, el reconocimiento de la prestación conforme el Art. 33 de la Ley 100/1993, los recursos presentados ante esa decisión y el proceso ordinario laboral en el que se buscó la reliquidación de la pensión y, en el cual, el argumento principal para negar dicha pretensión fue que el actor había estado en el RAIS y con ello, perdió el régimen de transición que lo cobijaba, razón por la cual inició el proceso de ineficacia del traslado por la falta al deber de información que se demostró con las pruebas allegadas. Por lo anterior, indicó que siempre se ha venido discutiendo el derecho reclamado, además, que en virtud del Art. 48 de la Constitución Política el derecho a la seguridad social es irrenunciable, razones por las cuales no es viable aplicar el término trienal de prescripción.

Adujo que la SL CSJ no ha discutido el término de prescripción cuando el que demanda es un pensionado del RPM, por lo que, a su criterio, la demanda de ineficacia es imprescriptible, por lo que solicitó la revocatoria de la decisión a fin de que se declare la ineficacia de la afiliación, no pierda el régimen de transición y le sea reliquidada su prestación.

Las demandadas **COLPENSIONES, AFP ROTECCIÓN Y AFP PORVENIR:** No interpusieron recurso de apelación.

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

Parte demandante: Pidió la revocatoria de la decisión en síntesis porque se demostró que COLPATRIA hoy PORVENIR no brindó la debida información al momento del traslado de régimen al RAIS conforme lo disponen los diversos pronunciamientos de la SL CSJ, lo cual le hubiera permitido saber que perdería su beneficio transicional. Respecto a la prescripción indicó que no es aplicable al caso al discutirse una declaratoria que hace parte de un derecho pensional, el cual es imprescriptible e indicó que, como procede la ineficacia también es procedente la reliquidación de la pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990.

Parte demandada.

COLPENSIONES: Guardó silencio.

PORVENIR: Indicó que el traslado de régimen fue plenamente válido y se demostró el cumplimiento al deber de información, no obstante, no se pronunció sobre los puntos específicos de la alzada.

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 decisión de primera instancia de declarar probada la excepción de prescripción y, en ese orden, si la absolución de las pretensiones invocadas por el actor resulta acertada y ajustada al precedente jurisprudencial.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 15 de septiembre de 2020 (Fls. 143 a 154 archivo 001) en la que solicitó la ineficacia del traslado al RAIS y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública (Fl. 155 archivo 001), 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 como pensionado en el régimen de prima media con prestación definida, régimen al que retornó el 1 de septiembre de 2009 en virtud de la sentencia C-1024 de 2004; tampoco es motivo de controversia la afiliación a PORVENIR acontecida el 19 de febrero de 2001 conforme se evidencia con el formulario visible a folio 502 del archivo 001 y, posteriormente, la afiliación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 20 de febrero de 2007, conforme se evidencia en el formulario visible a folio 438 del archivo 001.

Por otro lado, no es objeto de debate que el actor actualmente cuenta con el estatus de pensionado en el RPM, por cuanto mediante resolución GNR 282879 del 12 de agosto de 2014 (Fls. 97 a 103 archivo 001) le fue reconocida la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, la cual fue reliquidada mediante resolución VPB 41697 del 8 de mayo de 2015 (Fls. 120 a 125 archivo 001).

Prescripción de la acción de nulidad o ineficacia del traslado

Argumenta el Juzgador de primera instancia que el término trienal dispuesto en el artículo 151 del C.P.T.S.S. fue sobrepasado por el actor, en razón a que retornó al RPM en el año 2009, momento en el que tenía tres años para, si a bien lo tenía, podóa demandar la declaratoria de ineficacia de la afiliación y así, no perder el

régimen de transición que lo cobijaba en virtud del Art. 36 de la Ley 100/1993 y, agregó que dicho término también fue sobrepasado en caso de que quisiera demandar luego de que se le hubiera reconocido la pensión de vejez, lo cual ocurrió en el año 2014.

Por otra parte, el demandante argumenta que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, al ser un asunto inherente al derecho a la seguridad social, puede ser reclamado en cualquier tiempo al gozar de imprescriptibilidad, además, que se realizaron diversas gestiones previas a fin de lograr la obtención de lo pretendido, que no es más que una reliquidación de su mesada pensional y que, dado que dichas gestiones no lograron resultados favorables, se inició el proceso de ineficacia del traslado.

Una vez resumidas las tesis del demandante y el A quo, procede la Sala a resolver la controversia, para lo cual, se trae a colación los criterios indicados por la SL CSJ en diversas decisiones, siendo la SL2929-2022 la aplicable al caso particular y en la cual la Corte indicó respecto a la prescripción de la acción:

"A juicio de la Sala, esta tesis del Tribunal, no solo no fue debidamente fundamentada como ha debido serlo, sino que no tiene el poder de persuasión suficiente para derruir **el criterio consolidado de esta Corporación, conforme al cual la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible**, postura soportada en los argumentos consignados en la sentencia CSJ SL1688-2019 -reiterada en SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019 y SL373-2021-, a los cuales se remite la Corte en esta oportunidad para declarar fundada la acusación:

(...) la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.

(...) Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que dicha consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza

porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adocinado que **«el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión»**.

Hay que mencionar que, así como la declaración de ineficacia es imprescriptible, los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación. En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable, premisa que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable). En este sentido, **la jurisprudencia del trabajo ha sostenido que el derecho a la pensión o a obtener su valor real, puede ser justiciado en todo tiempo** (CSJ SL8544-2016).

Además de lo expuesto, considera la Corte que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión. Esta misma postura, fue expuesta por la Sala en reciente providencia CSJ SL1421-2019. Por consiguiente, **para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del**

derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).” (Negrilla y subrayado de la Sala)

Conforme a lo anterior, es acertado el argumento del apoderado del demandante en el sentido de indicar que al proceso en discusión no le es aplicable el término de prescripción, por cuanto, como ya se revisó en precedencia, la acción a fin de lograr la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen puede ser iniciada en cualquier tiempo, toda vez que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como lo indicó la jurisprudencia citada y por tanto el actor tiene derecho a mejorar su prestación en cualquier tiempo, por lo que no es de recibo la tesis del A quo sobre el particular asunto y que sirvió de fundamento para absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, razón por la cual se proceden a analizar las pretensiones de la demanda y a verificar si cuentan con vocación de prosperidad conforme las pruebas recaudadas.

Pretende la parte actora se declare la ineficacia del traslado de régimen realizado a PORVENIR acontecida el 19 de febrero de 2001 conforme se evidencia con el formulario visible a folio 502 del archivo 001 y, posteriormente, la afiliación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 20 de febrero de 2007, conforme se evidencia en el formulario visible a folio 438 del archivo 001., y como consecuencia se ordene a COLPENSIONES recibir sin solución de continuidad al actor y tener como afiliación valida la realizada el 1 de agosto de 1979 al ISS hoy COLPENSIONES.

Por otra parte, solicita se declare que el actor es beneficiario del régimen de transición y que la pensión de vejez reconocida mediante resolución No. GNR 282879 del 12 de agosto de 2014 tuvo su causación a partir del 2 de febrero de 2014; que la primera mesada pensional debe ser equiva le a la suma de \$2'291.033 y el pago de las diferencias en el monto de la mesada pensional, por lo que en primer lugar se procederá a analizar la procedencia de la ineficacia del traslado y posteriormente sobre las demás pretensiones de la demanda.

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 ineficaz 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 19 de febrero de 2001, diligenció una solicitud de vinculación a PORVENIR S.A. (Formulario visible a folio 502 del archivo 001) y posteriormente a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 20 de febrero de 2007, conforme se evidencia en el formulario visible a folio 438 del archivo 001, con lo cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, 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

¹ **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)

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 Villegas² 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 S.A. y posteriormente PROTECCIÓN S.A.), 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 (SL3034-2021³, 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. 31.989⁴,

² "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"

³ "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"

⁴ "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.

para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostraron las demandadas pues respecto a la afiliación a PORVENIR acontecida el 19 de febrero de 2001 (folio 502 del archivo 001) y, posteriormente a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 20 de febrero de 2007 (folio 438 del archivo 001), se limitaron a manifestar que el actor diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación con la extinta 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, máxime cuando desistieron del interrogatorio de parte al demandante decretado en la primera instancia, por lo que se incumplió el deber que le asiste a los fondos de pensiones de instruir adecuadamente a sus potenciales afiliados. Al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que las AFP demandadas no demostraron haber expuesto 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, tampoco le indicó que el traslado al RAIS le acarrearía la pérdida de los beneficios que pudiese tener por estar dentro de los beneficiados del régimen de transición. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, mucho menos, por el traslado horizontal realizado en el año 2007 a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., ya que, como lo ha rememorado la Sala Laboral de la CSJ, dichos actos denominados como “de relacionamiento” no convalidan o sanean la falta al deber que le asistía al fondo privado al momento del traslado inicial.

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”

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 Calderón⁵, 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), por lo anterior, para la Sala no hay duda que el actor no fue informado en debida forma al momento de efectuarse el traslado de régimen, por lo que la Sala declarará la ineficacia de la afiliación efectuada por Marín Ochoa al RAIS administrado por PORVENIR en el año 2001, lo que, acarrea como consecuencia la ineficacia del traslado horizontal realizado a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 20 de febrero de 2007, por lo que se declara la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPM al RAIS.

Ahora bien, por cuanto el actor ya se encuentra en el RPM en razón a su retorno acaecido en el año 2009, calenda en la cual fueron transferidos todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor a COLPENSIONES, se ordenará en sede de instancia que las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN trasladen al fondo público todas las sumas que hayan sido descontadas por concepto de gastos de administración, cuotas de seguro previsional y fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo en que el actor estuvo vinculado a cada una de las AFP. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020,

⁵ “ 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).

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 atención a la prosperidad de la pretensión relacionada con la ineficacia de la afiliación, se procede por La Sala a resolver las demás pretensiones de la demanda, para lo que previamente se tendrá en cuenta que la demandada COLPENSIONES propuso la excepción de cosa juzgada que fundamentó en los hechos 17 y 18 de la demanda que fueron ratificados por COLPENSIONES al contestar la demanda, para lo que manifestó que dentro del proceso Radicado No. 2015-614 del Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, se absolvió a COLPENSIONES en la segunda instancia de las pretensiones de la demanda y le fue negada la casación; proceso en el que se decidió que el demandante no conservó el régimen de transición y en consecuencia no le eran aplicables los preceptos del régimen de transición, esto es el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 049 de 1990

El A-quo al resolver la excepción previa propuesta consideró que conforme al artículo 303 del C.G.P. no existe identidad de causa entre los dos procesos por cuanto en este caso, el camino por el que se quiere llegar a obtener la reliquidación es la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional por lo que se trata de nuevos hechos que no se plantearon en el proceso adelantado en el juzgado 19 Laboral del

Circuito de Bogotá; razón por la que declaró no probada la excepción previa de cosa juzgada, sin que COLPENSIONES, interpusiera recurso alguno.

Régimen de transición. – Respecto a la recuperación del régimen de transición debido a la ineficacia del traslado de régimen, la citada sentencia SL 2929 del 18 de mayo de 2022 señaló lo siguiente:

Comoquiera que la declaración de ineficacia se traduce en la privación de efectos del acto de traslado y en el entendimiento de que la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD, cabe colegir que Pinilla Ramírez nunca se desprendió de los beneficios del régimen de transición, al cual tenía derecho por tener más de 35 años de edad a 1.º de abril de 1994, pues nació el 1.º de julio de 1958.

En consecuencia, a la demandante le asiste el derecho al reajuste de su pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, a partir del 1.º febrero de 2014, día siguiente a aquel en que reportó la novedad de retiro, según se advierte en la historia laboral allegada (f.º 34 a 46).

En cuanto al ingreso base de liquidación (IBL) de la pensión de vejez de los beneficiarios del régimen de transición a quienes les faltare más de 10 años para adquirir el derecho a la fecha de inicio de la Ley 100 de 1993 -caso de la demandante-, la Corte es del criterio que se determina con base en los parámetros previstos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, norma aplicable a la generalidad de los afiliados o a quienes no gozan de prerrogativas pensionales especiales (CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 33343, reiterada en CSJ: SL, 24 feb. 2009, rad. 31711, SL15602-2014, SL6476-2015, SL9808-2016, SL13184- 2017 y SL2954-2021).

En la medida que el citado precepto fue utilizado por Colpensiones en la Resolución GNR 248560 de 7 de julio de 2014 para establecer el IBL en un monto de \$5.934.878, la Corte tomará como referente este valor, pues fue determinado aplicando la norma pertinente y además la demandante no lo controvierte; antes bien, lo aceptó en la proyección pensional que presentó en su demanda.

Ahora, de lo que sí puede derivarse una ventaja importante de la circunstancia de pertenecer al régimen de transición y es a lo que apunta la demanda de la actora, es en lo relativo a la tasa de reemplazo o monto, el cual en el marco del Acuerdo 049 de 1990 puede alcanzar un 90% en función a si el afiliado cotizó 1250 semanas o más.

Y como en este asunto la demandante, en efecto, cotizó más de 1250 semanas, exactamente 1569, tiene derecho a que al IBL de su prestación se le aplique una tasa de reemplazo del 90% y no del 69,68%, como lo hizo Colpensiones. Al hacerlo así, la Sala obtiene un valor de \$5.341.390, que corresponde al monto de la primera mesada pensional de la anualidad 2014”

Al seguir este derrotero y revisado el caso en estudio, es claro que dados los efectos de la ineficacia del traslado el demandante siempre estuvo afiliado al RPMPD y conservó los beneficios del régimen de transición, al cual tenía derecho por tener más de 35 años de edad al 1º de abril de 1994, aspecto que no se encuentra en discusión, pues precisamente con fundamento en ello regresó al RPM administrado por COLPENSIONES en el año 2009 sin que fuera necesario acreditar también 15 años o más de servicios cotizados como lo indicó la Resolución VPB 41697 (fl. 120 a 124 archivo 1), pues bastaba con haber cumplido el requisito de la edad conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Aplicando el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 que establece como requisitos, el cumplimiento de sesenta (60) o más años de edad si es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo, se tiene que también debe acreditar el actor el cumplimiento de dichos requisitos antes del 31 de diciembre de 2014

En este caso en particular el actor cumplió con el requisito de la edad, requerido en la norma en cita, toda vez que cumplió los 60 años de edad el 20 de diciembre de 2013 conforme a la copia de la cédula que obra a folio 87 del archivo 1, y para el año 2014 contaba con 1622 semanas de cotización pues la última semana cotizada lo fue en febrero de 2014 (fl. 121 archivo 1), de las cuales en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es entre el 20 de diciembre de 2013 y el 19 de diciembre de 1993 había cotizado 1.021 semanas (fl. 97 y 98 archivo 1), por lo que cumplía los requisitos para tener derecho a la pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990 y en razón a ello tiene derecho al reajuste de su pensión de vejez en los términos del mencionado Acuerdo, es decir, aplicando una tasa de reemplazo del 90% conforme al artículo 20 por haber cotizado un total de 1622 semanas.

Reliquidación de la primera mesada pensional. - En cuanto al ingreso base de liquidación (IBL) de la pensión de vejez de los beneficiarios del régimen de transición a quienes les faltare más de 10 años para adquirir el derecho a la fecha de inicio de la Ley 100 de 1993, como es el caso del demandante, se determina con base en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 33343, reiterada en CSJ: SL, 24 feb. 2009, rad. 31711, SL15602-2014, SL6476-2015, SL9808-2016, SL13184- 2017 y SL2954-2021), por lo que como COLPENSIONES la liquidó sobre lo cotizado en los últimos diez años y no existe controversia sobre el IBL determinado en la Resolución ya citada, se toma como IBL la suma de \$3.131.629, valor al que se aplica una tasa de remplazo del 90%, lo que arroja como resultado un valor de \$2.818.466, que corresponde al monto de la primera mesada pensional de febrero de 2014, por lo que la demandada COLPENSIONES deberá reconocer las diferencias entre la pensión reconocida a partir del 2 de febrero de 2014 por la suma de \$2.300.495 y la que aquí se reliquida en la suma de \$2.818.466.

Para liquidar las diferencias se tiene en cuenta que la Resolución GNR282879 del 12 de agosto de 2014 que quedó en firme cuando se resolvieron los recursos de reposición y apelación mediante la resolución VPB 41697 del 8 de marzo de 2015 notificada el 11 de mayo de 2015 (fl.126); la reclamación respecto de la ineficacia del traslado la presentó el 15 de septiembre de 2020 (fl. 127 archivo 1) y la demanda el 16 de septiembre de 2020 (fl.1 archivo 1), por lo que prescribieron las diferencias causadas antes de 15 de septiembre de 2017

Año	Vr IPC	Mesada Ley 100/93	Mesada Acuerdo 049/90	Diferencias	Meses	Total diferencias	Mesadas Prescritas
2014	3,66	\$2.300.495,00	\$2.818.466,00	\$517.971,00	12	\$0	12 de 12
2015	6,77	\$2.384.693,11	\$2.921.621,85	\$536.928,74	13	\$0	13 de 13
2016	5,75	\$2,546.136,83	\$3.119.415,64	\$573.278,81	13	\$0	13 de 13
2017	4,09	\$2.692.539,59	\$3.298.782,03	\$606.242,31	13	\$2.728.090.39	8.5 de 13
2018	3,18	\$2.802.664,56	\$3.433.702,21	\$631.037,65	13	\$8.203.489,45	0
2019	3,80	\$2.891.789,29	\$3.542.893,94	\$651.104,65	13	\$8.464.360,45	0
2020	1,61	\$3.081.677,28	\$3.677.523.90	\$595.846,62	13	\$7.746.006,06	0
2021	5,62	\$3.131.292,28	\$3.736.732,03	\$605.439,75	13	\$7.870.716,75	0
2022		\$3.387.270,90	\$3.946.736,37	\$559.465,47	9	\$5.035.198,23	0
						40.047.861,38	

Por lo anterior, la demandada COLPENSIONES deberá pagar por las diferencias no prescritas, la suma de \$40.047.861,38 debidamente indexado.

Reconocimiento de la pensión a partir del 2 de febrero de 2014.- Conforme a la Resolución GNR 282879 del 12 de agosto de 2014 la pensión se reconoció al actor a partir del 2 de febrero de 2014, por lo que no hay lugar a modificar la fecha de causación, máxime si se tiene en cuenta que la última cotización se efectuó por 1 día, en el mes de febrero de 2014.

COSTAS

Las costas de primera instancia se revocan y estarán a cargo de las demandadas **COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A.** Las de alzada igualmente estarán a cargo de las demandadas. Se fijan como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/L (\$1.000.000) 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. – REVOCAR la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. – DECLARAR la ineficacia del traslado del demandante DARÍO ALBERTO MARÍN OCHOA al régimen de ahorro individual y en consecuencia se condena a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y seguros previsionales descontados durante el tiempo que el actor estuvo afiliado en cada una de las AFP demandadas, los cuales deberán reintegrar de su propio peculio.

TERCERO. - ORDENAR a COLPENSIONES recibir los mencionados dineros y tener al demandante como beneficiario del régimen de transición por estar afiliado al régimen de prima media sin solución de continuidad.

CUARTO. - CONDENAR a COLPENSIONES a reliquidar la primera mesada pensional al demandante DARIO ALBERTO MARÍN OCHOA a partir del 2 de febrero de 2014 en cuantía de \$2.818.466.

QUINTO. - CONDENAR a COLPENSIONES a pagar las diferencias causadas entre la mesada pensional reconocida y la que aquí se reliquida, por lo que adeuda por las diferencias no prescritas la suma de \$40.047.861,38, valor que se deberá pagar debidamente indexado.

SEXTO. – COSTAS. Las de primera instancia se revocan y quedan a cargo de las demandadas. Las de alzada están a cargo de las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR Y AFP PROTECCIÓN. Se fijan como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/L (\$1.000.000) a cada una de las demandadas.

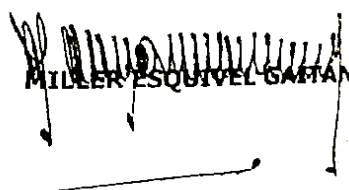
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 ANTONIO JESÚS ARIZA RINCÓN
CONTRA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
SOCIAL - UGPP. Rad. 2018 – 00647 02. Juz. 17.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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

ANTONIO JESÚS ARIZA RINCÓN demandó a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 003 del archivo unificado del expediente digital.

DECLARATIVAS PRINCIPALES

- Nulidad del traslado al RAIS efectuado el 18 de agosto de 1999.
- Solución de continuidad de la afiliación realizada el 8 de noviembre de 1993 ante CAJANAL.
- Perjuicios materiales ocasionados con el traslado al RAIS.

DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS

- Ineficacia del traslado al RAIS y en consecuencia, la inoperancia de sus efectos.

CONDENATORIAS PRINCIPALES

- Traslado de aportes a COLPENSIONES.
- Ordenar a COLPENSIONES tenerlo como afiliado al RPM desde el 8 de noviembre de 1993 sin solución de continuidad.

CONDENATORIAS SUBSIDIARIAS

- Traslado de aportes a la UGPP.
- Ordenar a la UGPP tenerlo como afiliado al RPM desde el 8 de noviembre de 1993 sin solución de continuidad.

CONDENATORIAS COMUNES ENTRE PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS

- Ordenar a PROTECCIÓN pagar los daños representados en perjuicios materiales.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas, gastos y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 003 a 005 del archivo unificado del expediente digital. Nació el 28 de octubre de 1956, se afilió al sistema de seguridad social en pensiones el 8 de noviembre de 1993 administrado por CAJANAL. En el año 1999 un asesor de PROTECCIÓN S.A. frecuentaba las instalaciones del Juzgado 3ro Penal del Circuito de Socorro – Santander, dicho asesor le manifestó que CAJANAL se iba a acabar y perdería sus aportes, además, que si se afiliaba a PROTECCIÓN podía pensionarse en cualquier tiempo, sin advertirle la edad y capital necesarios para dicha situación, además, que le ayudaría a conseguir una certificación laboral de EMPOSAN para que el tiempo laborado fuera tenido al momento de la pensión, por lo que decidió firmar formulario de afiliación el 18 de agosto de 1999 con la AFP PROTECCIÓN S.A.

El 12 de octubre de 2017 radicó ante la AFP petición de documentos y de proyección pensional y solicitó en la misma misiva la nulidad de la afiliación, el traslado de aportes y el reconocimiento y pago de los perjuicios ocasionados, petición resuelta el 1 de noviembre de 2017 en la que remitieron copia del formulario de afiliación e informaron los IBL que podía obtener en el RPM y el capital acumulado a la fecha

en el RAIS, la posible mesada que obtendría en el fondo privado y el valor en caso de optar por una indemnización sustitutiva.

Radicó reclamación ante COLPENSIONES el 13 de octubre de 2017 en la que solicitó la expedición de su historia laboral y la nulidad del traslado, petición resuelta en la misma fecha de manera negativa en lo concerniente a la nulidad de traslado, mientras que respecto a la historia laboral mediante comunicación del 19 de octubre de 2017 le indicaron que no había reporte de pagos a nombre del acto entre enero de 1967 y diciembre de 1994. Presentó reclamación ante la UGPP, quienes indicaron no ser competentes para resolver lo pertinente e hizo un recuento de los cargos que ha desarrollado durante 30 años de vida laboral.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 11 de enero de 2019 (Folio 72 archivo unificado) y corrido el respectivo traslado, las llamadas a juicio contestaron como se muestra a continuación:

La **UGPP** como consta en los folios 79 a 87 del archivo unificado del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el deber de información que se encuentra en cabeza de la AFP al momento del traslado de régimen.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, sobre la indexación, imposibilidad de condena en costas, no pago de los intereses moratorios y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** como consta en los folios 105 a 125 del archivo unificado del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y edad del actor, la concurrencia del asesor del fondo privado en el Juzgado 3 Penal del Circuito de

Socorro - Santander, el deber de información a cargo de PROTECCIÓN, la petición elevada por el actor y la respuesta del fondo privado.

- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y genérica.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible a folios 166 a 178 del archivo unificado del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al RPM, el deber de información a cargo de PROTECCIÓN, las peticiones elevadas por el actor tanto a la AFP como a la entidad pública, la respuesta de la UGPP a la petición presentada por el demandante y los cargos desempeñados por el demandante durante su vida laboral.
- Formuló como excepciones de mérito; 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.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 18 de enero de 2022 mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA en relación a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONES Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP* y **NO PROBADAS** las excepciones de *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO y*

PRESCRIPCIÓN, propuestas por las demandadas, en la forma expuesta en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado del señor ANTONIO JESÚS ARIZA RINCÓN identificado con la C.C. 13.952.406, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, administrado por la AFP SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que el señor ARIZA RINCÓN se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar el retorno o vinculación del demandante, sin solución de continuidad, según lo analizado.

CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, tal y como lo dispone el Art. 1746 del Código Civil, incluyendo los rendimientos que se hubiesen causado.

QUINTO: ORDENAR A COLPENSIONES recibir ese traslado de fondos a favor del demandante que efectúe PROTECCIÓN S.A. y convalidarlos en su historia laboral.

SEXTO: ABSOLVER a las DEMANDADAS del reconocimiento y pago de perjuicios, según lo analizado.

SÉPTIMO: ABSOLVER a la DEMANDADA UGPP de todas las pretensiones incoadas en su contra, según las razones expuestas.

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. a favor del demandante y en proporción del 80%. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$1.000.000 M/Cte.

NOVENO: CONDENAR EN COSTAS AL DEMANDANTE a favor de la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONES Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$150.000 M/Cte.

DÉCIMO: SE ORDENA LA CONSULTA de esta sentencia, a favor de COLPENSIONES. Remítase el expediente una vez concluya la audiencia...

Adición: SE DISPONE ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia, en el sentido de **ORDENAR A PROTECCIÓN S.A.** además de devolver la totalidad de dineros que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante, devolver también los gastos de administración que en su momento hubiese descontado, los cuales deberán ser asumidos de su propio patrimonio...”

Llegó a esta determinación por cuanto PROTECCIÓN no demostró que haya brindado una información clara, suficiente y oportuna al actor respecto del funcionamiento del RAIS y las posibles ventajas o desventajas de pertenecer a uno u otro régimen, tesis que se soporta con el testimonio recaudado de una ex compañera laboral del demandante, por lo que, conforme al criterio jurisprudencial de la SL CSJ es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado realizado al RAIS. Respecto de la UGPP, indicó que conforme a las competencias atribuidas a la UGPP al momento de ordenarse la liquidación de CAJANAL, la misma no tiene responsabilidad alguna sobre el traslado de régimen que efectuó el demandante ni tampoco entraría a reconocer y pagar prestación alguna, ya que dicha situación estaría a cargo de COLPENSIONES, por lo que la absolvió de todas las pretensiones.

En cuanto a la pretensión de indemnización por perjuicios indicó que para que ello procediera el actor ya debía tener una prestación reconocida en el RAIS por un valor inferior al que posiblemente recibiría en el RPM y así poder tasar los perjuicios, por lo que, al no tener ninguna prestación reconocida a la fecha, no procede la mencionada indemnización. Mencionó que mientras el derecho pensional se encuentra en construcción, está cobijado por el fenómeno de la imprescriptibilidad, por lo que declaró no probada la excepción de prescripción. Sobre las costas procesales las impuso a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN en equivalentes a un 80% por cuanto no todas las pretensiones de la demanda fueron acogidas, por

otro lado, le impuso costas al demandante en favor de la UGPP ya que no había razón o justificación alguna para demandar a dicha entidad.

Recurso de apelación

Demandante: Formuló su desacuerdo respecto de la absolución de la indemnización de perjuicios, por cuanto el accidente cerebro vascular acaecido por él en el transcurso del proceso es derivado de la incertidumbre por su situación pensional, además, que conforme a los cálculos y proyecciones allegadas al plenario se demuestra la diferencia en la mesada pensional en caso de una posible prestación de vejez, por lo que si estaban tasados los perjuicios y procede dicha condena. En cuanto a la condena en costas a favor de la UGPP indicó que era necesario demandar a dicha entidad a fin de tener claridad respecto de la afiliación a CAJANAL, por lo que solicitó la revocatoria de esa decisión.

COLPENSIONES: No interpuso recurso.

PROTECCIÓN: Indicó que no procede la devolución de los gastos de administración, por cuanto se hace la ficción legal al momento de declarar la ineficacia de que el traslado de régimen nunca existió, por lo tanto, dichos gastos de administración tampoco se causaron, así como los rendimientos generados en el capital o, en caso de proceder a devolver el capital acumulado y los rendimientos generados tampoco procede la devolución de los gastos de administración, por tanto, ordenar la devolución de dichas sumas generaría un enriquecimiento sin causa a favor del demandante y de COLPENSIONES, además, que esos descuentos fueron generados por disposición legal.

UGPP: No interpuso recurso.

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

Parte demandante: Indicó que debe confirmarse la decisión en cuanto a la declaratoria de ineficacia, ya que se demostró que la AFP faltó al deber de información conforme a los criterios jurisprudenciales de la SL CSJ. De otro lado, pidió la revocatoria de la decisión de condenarlo en costas a favor de la UGPP por

similares argumentos a los esgrimidos en el recurso y pidió que se condenen en costas a las demandadas a las que les fue desfavorable el recurso de apelación.

Parte demandada.

COLPENSIONES: La entidad no formuló apelación, sin embargo, indicó que el traslado al RAIS es plenamente válido y no se demostró en el curso del proceso la ocurrencia de algún vicio del consentimiento o falta al deber de información, por lo que no puede declararse una ineficacia a la luz de normas posteriores.

UGPP: Indicó que no está legitimado en la causa para responder por cualquier condena que se profiera en el proceso, ya que no tiene el carácter de ser administradora de pensiones, por lo que la única administradora legitimada en el RPM es COLPENSIONES, de todos modos, indicó que el traslado realizado por el actor al RAIS goza de plena validez ya que lo realizó de manera voluntaria.

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 orden de devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración emitida contra PROTECCIÓN, si cuenta con vocación de prosperidad la pretensión de tasación de perjuicios materiales y si es procedente la condena en costas impuesta contra el demandante y a favor de la UGPP.

Reclamación Administrativa

Respecto de la UGPP, fue agotada en legal forma conforme se denota del escrito visto a folios 33 y 34 del archivo unificado del expediente digital, cuya respuesta se vislumbra a folios 35 y 36. Respecto de COLPENSIONES, fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 13 de octubre de 2017 (Fls. 57 y 58

Archivo unificado) en la que solicitó la nulidad del traslado al RAIS y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública (Fls. 57 y 58 Archivo unificado), 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 18 de agosto de 1999 cuando solicitó su afiliación a la AFP SANTANDER S.A. (hoy PROTECCIÓN S.A.), conforme se denota del formulario de afiliación visto a folios 55 y 138 del archivo unificado del expediente digital, afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Por cuanto no fue objeto de recurso la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, la Sala se abstiene de emitir pronunciamiento y procederá a resolver los puntos de inconformidad expuestos por las partes.

Perjuicios.

Indica el apoderado del demandante en su recurso que es procedente la tasación de perjuicios, por cuanto se demostró la diferencia en los valores que pudiere obtener en la indemnización sustitutiva propuesta por el RAIS en comparación a la mesada pensional obtenida en el RPM conforme al IBL, además, que el accidente cerebro vascular que sufrió ARIZA RINCÓN en el curso del proceso es consecuencia de la incertidumbre por su futuro pensional.

Para resolver lo pertinente es importante citar el inciso primero del Art. 206 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del Art. 145 del C.P.T.S.S.

*"Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, **deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos**. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la*

inexactitud que se le atribuya a la estimación.” (Negrilla y subrayado por la Sala)

Al verificar el escrito de demanda presentado y sus anexos, no se evidencia que se haya realizado el juramento estimatorio en los términos antes descritos, así como tampoco se tasaron y cuantificaron en debida forma los perjuicios reclamados, por tanto, la decisión del A quo resulta ajustada a la norma y si bien, no es objeto de debate el accidente cerebro vascular sufrido por el actor durante el trámite del proceso, el cual lo incapacitó de manera permanente, lo cierto es que dicha situación por sí sola no da lugar a acceder a una tasación de perjuicios que no se encuentra cuantificada, además, no hay forma de demostrar lo aseverado por el apoderado respecto de que dicho infortunio ocurrió por la incertidumbre que le generaba su situación pensional y, además, teniendo en cuenta que el demandante desistió de la prueba pericial con la que pretendía se tasaran los perjuicios reclamados, por lo que, se reitera, no hay medio probatorio que demuestre la ocurrencia de ellos ni mucho menos su cuantía, se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia en lo atinente a la absolución a favor de las demandadas respecto a la pretensión de perjuicios.

Devolución de los gastos de administración.

Respecto a la apelación de **PROTECCIÓN** 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, 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.

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, porque, 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 ARIZA RINCÓN 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."

Condena en costas.

Formuló su segundo reparo el apoderado demandante por la condena en costas ordenada en su contra y a favor de la UGPP, por cuanto a su criterio considera que era necesaria la intervención como demandada de la entidad a fin de que quedara claro que ARIZA RINCÓN se encontraba afiliado a CAJANAL. Al respecto, se debe precisar que conforme al Art. 365 del C.G.P. quien resulte vencido en el trámite del

proceso es acreedor de la condena en costas y, en razón a que la UGPP fue absuelta de todas las pretensiones incoadas por no tener responsabilidad alguna respecto de un posible reconocimiento pensional futuro ni por haber intervenido dentro del traslado de régimen declarado ineficaz, la condena en costas resulta ajustada a derecho y a la realidad procesal. Respecto de la supuesta necesidad de convocar a la UGPP, no encuentra la Sala soporte respecto de dicha afirmación, ya que la afiliación al RPM a través de CAJANAL no fue un asunto al que las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN hayan formulado algún reparo, además, conforme en la anotación que se encuentra en el formulario de afiliación suscrito por el actor, se evidencia que su fondo de pensiones para ese momento en que se materializó el traslado de régimen era CAJANAL, por lo tanto, el formulario goza de plena validez y con ello se demostraba la entidad en la cual el demandante realizaba sus cotizaciones previamente, sin necesidad de convocar a juicio a la UGPP.

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

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo del **DEMANDANTE** y de **PROTECCIÓN**. Fíjese el valor de \$200.000 como agencias en derecho a cargo del demandante a favor de la UGPP. Respecto de **PROTECCIÓN**, fíjese la suma un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho a su cargo, las cuales serán a favor del demandante.

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 Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá el dieciocho (18) de enero de dos mil veintidós (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 del **DEMANDANTE** y de **PROTECCIÓN**. Fíjese el valor de \$200.000 como agencias en derecho a cargo del demandante a favor de la UGPP. Respecto de **PROTECCIÓN**, fíjese la suma un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho a su cargo, las cuales serán a favor del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

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 ORLANDO ARIAS AMAYA 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 – 00742 01. Juz. 27.

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

ORLANDO ARIAS AMAYA 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 6 a 8 del archivo PDF 01 “DEMANDA” que se encuentra en el expediente digital.

- Nulidad o ineficacia del traslado y afiliación efectuado al RAIS administrado por PORVENIR.

- Que COLPENSIONES reciba los aportes efectuados al RAIS, sin que PORVENIR realice deducciones por costos de administración o fondo de solidaridad.
- Traslado de aportes y rendimientos.
- Aplicación de la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad (Art. 4 Constitución Política)
- Actualización de historia laboral.
- Activación de la afiliación al RPM desde el 27 de octubre de 1984.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 6 del archivo PDF 01 "DEMANDA" que se encuentra en el expediente digital. Nació el 7 de junio de 1965, se afilió al ISS el 27 de octubre de 1984, el 4 de febrero de 1999 suscribió formulario de afiliación con PORVENIR, sin embargo, dicho traslado no contó con una debida asesoría respecto del funcionamiento, características y las ventajas o desventajas del RAIS, así como tampoco le efectuaron una proyección pensional. El 4 de septiembre radicó petición ante el fondo privado a fin de obtener copia de los documentos soporte de la afiliación, así como su historia laboral y una proyección pensional (cálculo actuarial), misma fecha en la que ante esa misma entidad se radicó solicitud de anulación de afiliación al RAIS y la devolución integral de aportes a favor de COLPENSIONES. La AFP contestó las peticiones allegando algunos de los documentos solicitados e indicando que no procedía la solicitud de anulación.

El 4 de septiembre de 2019 radicó ante COLPENSIONES solicitud de documentos, historia laboral y proyección de la mesada pensional, además, se elevó la reclamación administrativa a fin de que anulara la afiliación al RAIS, la entidad publica el 5 de septiembre de 2019 dio respuesta a la reclamación administrativa negando lo solicitado y respecto a la solicitud de documentos no hubo respuesta.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 24 de febrero de 2020 (Fl. 69) 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 73 a 86 del archivo 1 “DEMANDA” del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento y edad del actor, la fecha de afiliación al extinto ISS y el momento del traslado de régimen.
- 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 PORVENIR S.A.**, dio respuesta visible a folios 128 a 143 del archivo 1 “DEMANDA” del expediente digital.

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

Mediante proveído del 6 de mayo de 2021 (Fl. 145) se ordenó la vinculación y notificación de la **AFP PROTECCIÓN S.A.** en calidad de litisconsorte

cuasinecesario, por cuanto, según reporte de ASOFONDOS el actor estuvo afiliado a la extinta AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN y una vez notificada dicha entidad, contestó el libelo conforme respuesta visible a folios 226 a 237 del archivo 1 "DEMANDA" del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó solamente la fecha de nacimiento y edad del actor.
- Formuló 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, 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, traslado de aportes a Porvenir y genérica.

En audiencia del Art. 77 del C.P.T.S.S. llevada a cabo el 4 de abril de 2022 la A-quo se abstuvo de estudiar la excepción previa formulada por PORVENIR, por cuanto PROTECCIÓN para dicha calenda ya había sido vinculado en debida forma al proceso por parte del Despacho, decisión que quedó en firme, por lo que continuó el trámite procesal.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 04 de abril de 2022 mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor ORLANDO ARIAS AMAYA del régimen de prima media con prestación definida administrado por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y los posteriores traslados efectuados entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ORLANDO ARIAS AMAYA, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor ORLANDO ARIAS AMAYA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD, SANEAMIENTO DE LA NULIDAD ALEGADA, DESCAPITALIZACION DEL SISTEMA PENSIONAL, INEXISTENCIA DEL DERECHO PARA REGRESAR AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA y CADUCIDAD formuladas por COLPENSIONES, las de PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, formuladas por PORVENIR S.A. y las DE PRESCRIPCIÓN E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR Y BUENA FE, formuladas por PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso, como agencias en derecho se fija la suma de \$1'000.000."

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 el demandante conocía todas las características del RAIS, dicho deber tampoco fue cumplido por PORVENIR, ya que tampoco le brindó la información relevante y necesaria respecto del RAIS y sobre la posibilidad de retornar al RPM, ya que, para el momento del traslado horizontal, todavía estaba en posibilidad de retornar a COLPENSIONES. Sobre el interrogatorio absuelto por el actor, adujo que no se desprende confesión alguna que sostenga la teoría de las demandadas, ya que su traslado fue realizado bajo la premisa de que el ISS se iba a acabar y perdería sus aportes, por lo que 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 cuenta con vocación de prosperidad. Respecto a las costas consideró que procede dicha condena a cargo de PROTECCIÓN, se abstuvo de condenar a PORVENIR y COLPENSIONES porque no fueron las entidades que generaron el acto ineficaz.

Recurso de apelación

PROTECCIÓN: No interpuso recurso.

COLPENSIONES: Adujo que la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del fondo público, por cuanto los recursos que posee en su cuenta de ahorro individual no serán suficientes para solventar la posible prestación de vejez que se llegue a reconocer. Sobre la carga de prueba adujo que el demandante también debía probar que no se le brindó la suficiente información por parte del fondo privado, por lo que solo con su versión no es suficiente para declarar una ineficacia, además, con las pruebas recaudadas se demostró que el traslado es válido, que desplegó actos de relacionamiento tendientes a mostrar que era su

voluntad pertenecer al RAIS, que la única motivación por la que inició el proceso es meramente económica por la diferencia de la mesada pensional, argumento que no es suficiente para declarar una ineficacia, por lo que solicitó se revoque la decisión.

PORVENIR: Indicó que el traslado fue plenamente válido, que Porvenir le garantizó todos sus derechos al actor, entre ellos el de retracto, el cual le fue informado mediante comunicado de prensa del año 2004, por lo que existió una negligencia del demandante. Sostuvo que la orden de devolución de gastos de administración tampoco es procedente, por cuanto están originados de una disposición legal y son producto de la buena gestión de los aportes del actor, aportes que generaron unos rendimientos y por cuanto son sumas que no están destinadas a financiar una posible prestación de vejez, se les aplica la prescripción, además de que ordenar dicha devolución genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, razones por las que solicitó la revocatoria de la decisión.

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

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada.

COLPENSIONES: Indicó que el actor se encuentra en la prohibición de la Ley 797/2003, no acreditó la existencia de vicios del consentimiento al momento del traslado, tampoco cumplió con la carga de la prueba de demostrar la falta al deber de información alegada y reiteró que la declaratoria de ineficacia afecta el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

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

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.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 4 de septiembre de 2019 (Fls. 33 a 35 Archivo 1 "Demanda") en la que solicitó la anulación del traslado al RAIS y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública del 5 de septiembre de 2019 (Fls. 56 y 57 Archivo 1 "Demanda"), 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 31 de octubre de 1997, cuando solicitó su afiliación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., conforme lo muestra el reporte SIAFP visto a folio 25 del archivo PDF "Pruebas" que se encuentra en la carpeta 03 del Exp. digital, así mismo del formulario de

afiliación visto a folio 244 del archivo 1 PDF "Demanda", posteriormente, se afilió a la AFP PORVENIR S.A. el 4 de febrero de 1999, conforme reporte de SIAFP ya mencionado, información que se corrobora con el formulario de afiliación visto a folio 26 del mismo archivo PDF, por lo tanto, la afiliación del actor 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 COLMENA hoy 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 31 de octubre de 1997, diligenció una solicitud de vinculación a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. (Reporte SIAFP folio 25 archivo "Pruebas" carpeta 03 Exp. Digital) con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma

¹ **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.*

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. Eduardo López Villegas² 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

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)

² "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 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 a la entidad demandada (SL3034-2021³, 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. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

³ *"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"*

⁴ *"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

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 demandante, dicha afirmación es contraria a la realidad, ya que simplemente le indicaron que el ISS se iba a acabar y que perdería todos sus aportes, por lo que, se demuestra una falta evidente al deber de información del fondo privado, al cual, le correspondía informar debidamente a su nuevo afiliado de todas las condiciones que iba a encontrar en el RAIS.

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 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, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS ni el traslado horizontal realizado en el año 1999 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 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

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"

SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, 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 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 de los actos de relacionamiento presuntamente desplegados por el actor y mencionados por el apoderado de Colpensiones, cabe mencionar que dicha tesis fue mencionada en sentencias proferidas por la Sala de Descongestión Laboral de la CSJ, las cuales, una vez evaluadas por las Salas Permanentes de la Corporación fueron desestimadas, en tanto, la Sala de Descongestión no tenía dentro de sus

⁵ “ 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).

funciones dictar jurisprudencia, por lo tanto, se ha indicado que deben acogerse los criterios pacíficos establecidos desde la sentencia 31989, además, es menester indicar que dichos actos tampoco convalidan o sanean de ninguna forma la falta al deber de información del fondo privado, por cuanto, como se indicó en precedencia, se está juzgando el acto al momento del traslado de régimen, por lo que, la única información válida es la indicada en ese momento, sin que ninguna actuación posterior del actor o del fondo privado sanee dicho actuar contrario a la Ley.

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 de primera instancia 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 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, 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, 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 del demandante junto con los rendimientos financieros y sumas descontadas por administración, se garantiza que la prestación que posiblemente se le reconozca a Arias Amaya 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

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 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 4 de abril de 2022 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO. – 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 para cada una de las recurrentes.

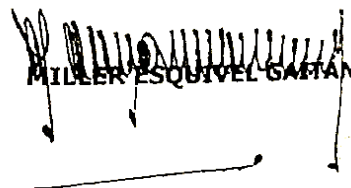
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 SONIA ROCÍO GONZÁLEZ PASTRANA
CONTRA INGENIERÍA Y GEORIESGOS S.A.S. Y EDGAR EDUARDO
RODRÍGUEZ GRANADOS. Rad. 2018–00378 01. Juz. 6º.**

En Bogotá D.C., a los quince (15) días de septiembre 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

SONIA ROCÍO GONZÁLEZ PASTRANA demandó a INGENIERÍA Y GEORIESGOS IGR SAS y a EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ GRANADOS, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 41 a 43 del expediente físico:

- Se declare un contrato de trabajo a término indefinido con las demandadas entre el 1º de diciembre de 2012 y el 11 de febrero de 2016
- Se declare la terminación del contrato de trabajo por culpa imputable al empleador
- Se condene al pago de la indemnización por despido indirecto
- Se condene al pago de salario de 8 meses, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social
- Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.
- Indemnización por despido de trabajador inválido sin permiso del Ministerio de Trabajo
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fl. 39 a 41 expediente físico. La demandante ingresó a laborar con la empresa INGENIERÍA Y GEORIESGOS y el señor Edgar Eduardo Rodríguez Granados para desempeñar el cargo de auxiliar de archivo y digitadora para los dos demandados, mediante contrato a término

indefinido desde el 1º de diciembre de 2012 hasta el 11 de febrero de 2016 cumpliendo un horario de 7 am a 4 pm.

Que con la disculpa de que había que terminar el contrato de trabajo en papeles, pero que sería nuevamente contratada, la demandante suscribió los documentos que le exigió la empleadora el día 11 de febrero de 2016, por lo que fue engañada por los demandados para la terminación del contrato de trabajo.

Que el salario devengado era de \$689.454 y la fecha le adeudan las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y el pago del salario de los últimos 8 meses correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de junio de 2015 al 11 de febrero de 2016.

La demandante es una persona minusválida por lo que se adeuda la sanción por despido sin autorización del Ministerio del Trabajo.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad el 17 de septiembre de 2018 (fl. 55 y 56), notificada la demandada y corrido el traslado respectivo, la parte pasiva contestó la demanda de la siguiente manera:

INGENIERÍA Y GEORIESGOS IGR S.A.S en los términos del escrito que obra a folios 58 a 68.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Negó o manifestó que no le constan los hechos.
- Como excepciones de fondo propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, mala fe y prescripción.

El demandado EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ GRANADOS contestó la demanda como se observa a folios 188 a 199.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Aceptó parcialmente la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, el cargo desempeñado, la fecha de inicio y la terminación de manera voluntaria el 11 de febrero de 2016. Negó los demás hechos.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, mala fe y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 25 de octubre de 2021 en la cual absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Llegó a esta determinación luego de advertir que en juicio se acreditó que la demandante se vinculó con el señor Edgar Eduardo Rodríguez Granados y/o Ingeniera y Georiesgos NIT 19416613-0 el día 12 de diciembre del año 2012 y hasta el día 11 de febrero del año 2016 conforme a la documental aportada al proceso y no con la sociedad Ingeniería IR Geo Riesgos IGR SAS. Respecto al reconocimiento y pago de las acreencias laborales causadas durante la vigencia del contrato de trabajo y al salario correspondiente a los 8 últimos meses del contrato señaló que conforme a la documental aportada le fueron cancelados y la demandante firmó la las nóminas y la liquidación sin reparo alguno; además, suscribió el paz y salvo como prueba de pago de los créditos laborales reclamados en la demanda, respecto al pago de las vacaciones se acreditó con la documental vista a folio 237 a 240 y 300, por lo que absolvió al demandado de estas acreencias.

En relación con la indemnización por el despido consideró suficiente para absolver al demandado de esta pretensión, el escrito de la renuncia que elevó la demandante y que obra a folios 14 y 299, con pleno valor probatorio de conformidad con lo previsto en los artículos 244 246 y 260 del CGP, ya que en el proceso no se probó que la parte demandada hubiera exigido renuncia y por el contrario con el testimonio de la señora Carolina Gómez Márquez se probó que la demandante presentó la renuncia en forma voluntaria sin injerencia alguna por parte del empleador ya que ella recibió personalmente el escrito de renuncia, lo que no se opone a la situación de discapacidad de actora conocida por el empleador (folio 204), por lo que absolvió de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

CONSULTA.

El proceso se remitió en el grado jurisdiccional de consulta toda vez que la sentencia no fue recurrida y fue totalmente adversa a las pretensiones de la demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1149 que modificó el artículo 69 del CPTSS.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo dispuesto en artículo 14 de la Ley 1149 que modificó el artículo 69 del CPTSS.

Contrato de trabajo.- Para determinar la existencia del contrato de trabajo se revisa la prueba documental que al respecto fue aportada por el demandado EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ GRANADOS (fl. 202 a 203) conforme a la cual la actora SONIA ROCÍO GONZÁLEZ PASTRANA suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 1º de diciembre de 2012 para desempeñar el cargo de auxiliar de archivo o digitadora con un salario de \$566.700, lo cual es corroborado con la documental expedida el 11 de febrero de 2016 por la Gerente administrativa (fl.22) mediante la cual EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ GRANADOS NIT. 19.416.613-0 certifica que la señora SONIA ROCÍO GONZÁLEZ PASTRANA laboró en la empresa desde el 1º de diciembre de 2012 mediante contrato a término indefinido desempeñando el cargo de auxiliar de archivo y/o digitadora.

Así las cosas, se encuentra demostrada la existencia del contrato de trabajo entre la actora y el señor EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ GRANADOS por lo que se procede a analizar la prosperidad de las pretensiones de la demanda respecto de las acreencias laborales que se reclaman en la demanda, de la siguiente manera:

En relación con los salarios causados entre el 1º de junio de 2015 y el 11 de febrero de 2016, conforme a las nóminas aportadas como prueba documental y contrario a lo indicado en la demanda, se tiene que la parte demandada aportó las nóminas canceladas sobre un salario mínimo, correspondientes a los meses de junio a diciembre de 2015 (fl. 232 a 236) y el pago del salario del mes de enero de 2016 por la suma de \$794.102 previos los descuentos de ley, aportado por la misma demandante (fl. 19); documentos que se encuentran suscritos por la demandante en constancia de recibido, con lo que se acredita el pago de los salarios de junio de 2015 a enero de 2016 y en cuanto a los 11 días del mes de febrero de 2016 estos fueron cancelados con la liquidación final de prestaciones sociales en cuantía de

\$252.800 (fl. 118), la cual igualmente se encuentra suscrita por la demandante en constancia de recibido.

Igualmente, con esta documental se encuentra acreditado el pago de la liquidación final de prestaciones sociales en las que fueron incluidos los pagos de auxilio de transporte por los 11 días del mes de febrero de 2016, las cesantías del año 2015 y la fracción de año del 2016 (11 días) fracción de vacaciones y fracción por prima de servicios. Esta liquidación fue cancelada a la demandante el 11 de febrero de 2016 conforme al comprobante de egreso que suscribió la demandante, visto a folio 119 y comprobante de pago del cheque girado a su favor expedido por el Banco de Occidente (fl. 302).

Las vacaciones fueron disfrutadas por la actora y canceladas conforme a la documental suscrita por ella respecto del periodo comprendido entre el 12 de diciembre de 2012 y 31 de diciembre de 2013 a folio 237, años 2014 (fl. 238), 2015 (fl. 239), la fracción de 2016 fue cancelada en la liquidación final, como se indicó anteriormente.

También se aportaron los comprobantes de pago correspondientes a las primas de servicios, como se acredita a folios 243 a 250 con los correspondientes recibos de caja menor suscritos por la demandante e incluso con los comprobantes de pago aportados por la misma actora (fl. 15 a 18). Las cesantías fueron consignadas al fondo de cesantías PORVENIR conforme a la certificación que obra a 328 con la que se acredita que fueron consignadas al fondo las cesantías en los años 2013 a 2015 ya que las correspondientes a la fracción de 2016 fueron pagadas con la liquidación final de prestaciones sociales; además se autorizó el retiro de estas a la terminación del contrato fl. 306 con firma de recibido de la demandante.

Los intereses a las cesantías fueron pagados con las nóminas del mes de enero de cada año, como se puede observar a folios 205 correspondiente al tiempo laborado en el año 2013, folio 211 que corresponde al año 2014, folio 225 respecto al año 2015 y las del 216 con la liquidación final de prestaciones sociales (fl. 118)

El pago de los aportes a seguridad social se encuentra acreditado con las planillas integradas de autoliquidación aportadas por la demandada que obran a folios 288 a 298 e incluso las aportadas por la demandante (fl. 120 a 199) y la certificación expedida por el contador el 11 de febrero de 2016 entregada a la demandante en dicha fecha fl. 305 con la firma de recibido. Por último, se resalta que la actora suscribió paz y salvo por todo concepto a la terminación del contrato de trabajo (fl. 307)

En relación con la terminación del contrato se observa a folio 14 la carta remitida por la actora a su empleador EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ GRANADOS recibida el 11 de febrero de 2016 mediante la cual comunica su renuncia voluntaria al cargo de auxiliar de archivo y/o digitadora a partir de la fecha, de donde se deduce que la terminación del contrato se dio por renuncia voluntaria.

Ahora, como la actora indica que fue engañada por su empleador para que firmara la renuncia, se revisa las demás pruebas allegadas al proceso de la siguiente manera:

El demandado EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ GRANADOS en el interrogatorio de parte manifestó respecto a la terminación del contrato que “la señora Sonia presentó la renuncia” sin que el apoderado de la parte actora hiciera pregunta alguna respecto al engaño del que se hace mención en los hechos de la demanda.

La demandante al absolver el interrogatorio de parte manifestó en relación la terminación del contrato que “no presentó la renuncia” que “fue engañada y la hicieron firmar, pero nunca le dijeron para que era”, que “no le dieron tiempo de leer los documentos que firmó”, que “Carolina Gómez Márquez era la jefe inmediata y fue ella quien le dio los documentos que firmó”, que “ellos nunca andan con la verdad”.

La testigo Carolina Gómez Márquez dijo ser Gerente Administrativa de EDGAR EDUARDO RODRÍGUEZ hasta el año 2019 y desde marzo de 2019 labora para las dos empresas, conoce a la demandante por vínculos con su familia. Respecto a la terminación del contrato indicó que fue por “renuncia voluntaria”, “yo la recibí” y no tuvo ninguna injerencia en la renuncia, no tiene conocimiento de presión o engaño a la demandante para que renunciara; recibió la renuncia en su oficina en Bogotá. Manifestó que la empresa conocía la discapacidad de la demandante y no pensó en ningún momento en prescindir de los servicios de ella.

El testigo Rafael Alberto Candadoza laboró en la empresa entre el 2013 y 2016 como contador de EDGAR RODRÍGUEZ y revisor fiscal de la empresa demandada. No conoce a la demandante. Respecto a la terminación del vínculo sabe que la demandante renunció, pero no se enteró en ese momento, no estaba presente y no tiene otro conocimiento sobre este punto.

Así las cosas, no se demostró con las pruebas antes relacionadas que la demandante hubiera sido objeto de engaños o presión alguna por parte del empleador Edgar

Eduardo Rodríguez o de la jefe inmediata Carolina Gómez Márquez, por lo que no procede condena alguna por este aspecto.

En cuanto a la discapacidad de la actora, que se acredita con la certificación expedida por la EP SANITAS (fl. 35) según la cual la demandante tiene una pérdida de la capacidad laboral del 51,73% la cual era conocida por su empleador como fue aceptado por su feje inmediata Carolina Gómez Márquez; debe decirse que si bien todo trabajador discapacitado goza de una especial protección por parte de la ley, lo que se conoce como estabilidad laboral reforzada; lo cierto es que la estabilidad laboral reforzada a que hace referencia el artículo 26 de la ley 361 de 1997, no es aplicable para los casos en que el trabajador decide renunciar libremente, o para los casos en que las partes en común acuerdo deciden dar por terminado el contrato de trabajo.

Lo anterior, por cuanto cuando se presenta una renuncia voluntaria, como en este caso, la trabajadora no ha sido despedida ni discriminada por su condición de discapacidad y por lo tanto, no pueden aplicarse los efectos o consecuencias que la ley ha fijado para un despido discriminatorio.

Así lo ha indicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3144-2021, cuando señala:

«Además, este no desconoció derechos mínimos que afectaren su validez porque el trabajador puede válidamente consentir una terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo así goce de la prerrogativa de estabilidad laboral reforzada, pues esta no concede un derecho absoluto a permanecer en un puesto de trabajo ni implica que una relación laboral no se pueda terminar.»

En consecuencia, la renuncia presentada por la actora es válida en razón a que proviene de su voluntad libre y espontánea y no demostró que estuviera limitada para presentar la renuncia por estar en una condición de discapacidad, toda vez que la estabilidad reforzada así establecida, no está instituida para impedir que la persona ejerza libremente su voluntad.

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

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

DECISIÓN

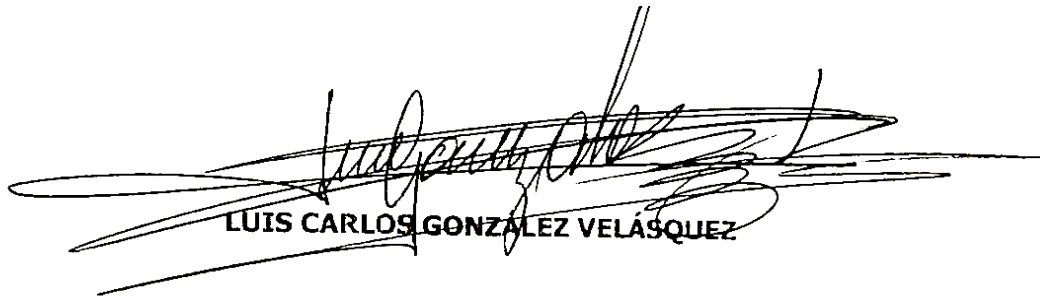
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de octubre 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.

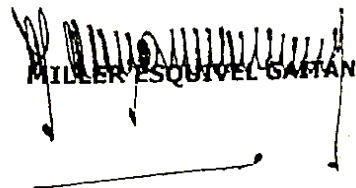
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS 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: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS ENRIQUE LONDOÑO VÉLEZ
CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2021 - 00057 01. Juz. 29.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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 LONDOÑO VÉLEZ 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 4 del archivo 001
"Demanda" del expediente digital.

DECLARATIVAS

- Ineficacia de la afiliación efectuada en el año 2000 a PORVENIR.
- Ineficacia de los traslados horizontales.
- Retrotraer las cosas a su estado anterior, a fin de tenerlo como afiliado al RPM.

CONDENATORIAS

- Reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1 de diciembre de 2019.

- Intereses moratorios.
- Indexación.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas y gastos del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 y 5 del archivo 001 “Demanda” del expediente digital. Nació el 22 de agosto de 1956, por lo que cumplió 62 años el 22 de agosto de 2018. Se trasladó del RPM al RAIS administrado por PORVENIR a inicios del año 2000, luego de trasladó en ese mismo año a HORIZONTE, fondos que no cumplieron con el deber de información que les asistía. Al efectuar simulaciones pensionales tanto en el RAIS como en el RPM arrojó un mejor valor de mesada pensional en el régimen público, teniendo en cuenta la totalidad de semanas cotizadas hasta el 31 de diciembre de 2019, las cuales son en total 1.539 semanas. El 14 de febrero de 2020 solicitó ante COLPENSIONES la ineficacia de la afiliación al RAIS y el reconocimiento de la pensión de vejez, quienes mediante comunicación del 17 de febrero de 2020 negaron el traslado de régimen.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 23 de febrero de 2021 (Archivo 003) y corrido el respectivo traslado, las llamadas a juicio contestaron como se muestra a continuación:

La **AFP PORVENIR S.A.** como se vislumbra a folios 2 a 24 del archivo 005 “ContestacionPorvenir” del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó solamente la fecha de nacimiento y edad del actor.
- 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**, en los términos del escrito visible a folios 3 a 12 del archivo 006 “ContestacionDemandadeColpensiones” del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento y edad del actor, la reclamación presentada por el demandante y la respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 27 de septiembre de 2021 mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciere el señor **CARLOS ENRIQUE LONDOÑO VÉLEZ** identificado con la cedula de ciudadanía No. **19.380.553**, ante la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, el 22 de febrero de 2000 con fecha de efectividad el 01 de abril de 2000, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO 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 del demandante **CARLOS ENRIQUE LONDOÑO VÉLEZ**, por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que una vez actualizada la historia laboral del demandante estudie si el mismo cumple o no con los requisitos de la pensión de vejez.

QUINTO: SIN CONDENA en costas.

SEXTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.”

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, ya que simplemente la suscripción del formulario y las leyendas que se encuentran en dicho documento no son suficientes para demostrar un consentimiento informado, además, del interrogatorio de parte del actor no se evidencia confesión a favor de la AFP, ya que indicó que le mencionaron que el ISS se iba a acabar y que en ese fondo se iba a pensionar mejor, sin explicarle realmente las características y condiciones necesarias para acceder a esa posible mejor prestación. En cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez indicó que no se puede estudiar dicha situación hasta tanto no se haga efectivo el traslado de aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del actor hacia el RPM para así efectivamente contabilizar las semanas cotizadas, el IBL y allí si determinar el posible monto de la prestación, por lo que ordenó a COLPENSIONES que estudie dicha pensión una vez reciba todas las sumas enviadas por la AFP y actualice su historia laboral.

Recurso de apelación

COLPENSIONES: Solicitó la adición del numeral segundo de la decisión en el sentido de solicitar que se ordene la devolución de las sumas descontadas por gastos de administración, en razón a que, las consecuencias de la ineficacia como han sido descritas por la SL CSJ son de retrotraer todo a un estado anterior, como si la afiliación al RAIS nunca hubiera existido, por lo que, procede dicha orden.

PORVENIR: No interpuso recurso.

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

Parte demandante: No se pronunció sobre el objeto de la apelación, sino que, hizo una explicación de por qué es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, lo cual, al no ser discutido en la alzada no se tendrá en cuenta.

Parte demandada.

COLPENSIONES: No se pronunció respecto a su punto de inconformidad, sino que solicitó la revocatoria de la declaratoria de ineficacia del traslado, situación no expuesta en la alzada, por lo que la Sala no la tendrá en cuenta.

PORVENIR: No se pronunció sobre el punto de apelación de COLPENSIONES, sino que solicitó la revocatoria de la decisión en cuanto a la declaratoria de ineficacia, situación que no expuso en la oportunidad procesal pertinente, por lo que la Sala no la tendrá 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*", el cual se limita a establecer si resulta procedente ordenar la devolución de las sumas descontadas por concepto de gastos de administración conforme lo solicitó COLPENSIONES.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 14 de febrero de 2020 (Fl. 13 archivo 001) en la que solicitó la nulidad del traslado al RAIS y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública el 17 de febrero de 2020 (Fls. 15 y 16 archivo 001), 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 22 de febrero del 2000, cuando solicitó su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., conforme se denota del formulario de afiliación visto a folio 72 del archivo 005, y, posteriormente, se afilió a la AFP HORIZONTE en 2 oportunidades, el 27 de julio del 2000 conforme se denota del formulario visto a folio 74 del archivo 005 y el 20 de septiembre del 2000 (Formulario visible a folio 73 del archivo 005), AFP que luego de diversas fusiones hoy es PORVENIR S.A., afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen y pensión de vejez

Por cuanto la validez del traslado de régimen, la declaratoria de ineficacia y la orden dictada respecto a la pretensión de pensión de vejez no fueron recurridas por ninguna de las partes, la Sala se abstiene de pronunciarse al respecto.

Devolución de los gastos de administración.

Sintetiza su desacuerdo el apoderado de COLPENSIONES en que se debe ordenar la devolución de las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, esto en virtud de las órdenes emanadas por la SL CSJ y los efectos de la declaratoria de ineficacia que allí han sido descritos, argumento que la Sala acoge a plenitud, ya que se debe tener en cuenta que uno de los efectos 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 y los gastos de administración, estando esto último 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. 31989¹, 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:

¹ "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, adoctrino:
[...]"

"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."

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

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (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 ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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)**”.* (Negrilla de la Sala)

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación al RAIS, la juez debía ordenar a la AFP PORVENIR S.A. devolver los gastos de administración, sin embargo, no lo realizó, por lo que le asiste razón a COLPENSIONES en lo expuesto en el recurso y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso se ordenará la devolución de las sumas descontadas por gastos de administración, pues los efectos de la ineficacia 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, sin que haya lugar a entender que con tal orden se genera un enriquecimiento sin causa a favor del actor 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 del Sistema General de Pensiones.

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para concluir la **ADICIÓN** de la sentencia.

COSTAS

Manténgase incólume la decisión de primera instancia, por cuanto la parte con interés jurídico para recurrir dicha situación guardó silencio. Sin costas en la alzada ante la prosperidad 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. – ADICIONAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia proferida el veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, para condenar a la AFP PORVENIR S.A. a devolver los valores descontados por concepto de gastos de administración. Este ordinal quedará así:

“SEGUNDO: CONDENAR a la 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 del demandante CARLOS ENRIQUE LONDOÑO VÉLEZ, por concepto de cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia.”

SEGUNDO. - ADICIONAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia, el cual quedará así:

"TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que reciba de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., todos los valores causados con motivo de la afiliación del actor, por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas descontadas por concepto de gastos de administración y actualizar la historia laboral."

TERCERO. – COSTAS. Sin costas en la instancia ante la prosperidad del recurso.

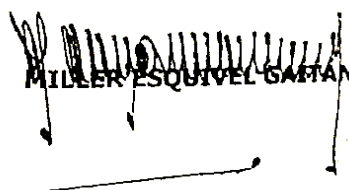
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GLORIA PATRICIA FARFÁN GUTIÉRREZ 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. 2021 – 00176 01. Juz. 35.

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

GLORIA PATRICIA FARFÁN GUTIÉRREZ 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 2 del archivo PDF 01 “DEMANDA” que se encuentra en el expediente digital.

- Declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS administrado por PORVENIR efectuada el 24 de marzo de 1999.

- Declaratoria de ineficacia de la afiliación a COLFONDOS S.A. efectuada el 1 de junio de 2000.
- Declaratoria de ineficacia de la afiliación a PORVENIR S.A. efectuada el 1 de marzo de 2008.
- Traslado de aportes.
- Ordenar a COLPENSIONES recibir como afiliada sin solución de continuidad a la actora.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 a 4 del archivo PDF 01 "DEMANDA" que se encuentra en el expediente digital. Nació el 6 de mayo de 1966, laboró al servicio de la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. y efectuaba sus cotizaciones a pensiones ante CAJANAL desde el 1 de septiembre de 1983 hasta el 12 de noviembre de 1984, inició cotizaciones ante el extinto ISS desde el 1 de enero de 1997 hasta el 30 de diciembre de 1998, conforme reporte SIAFP indicó que fue trasladada al RAIS mediante afiliación del 24 de marzo de 1999 a PORVENIR, para ese momento, no reunía el requisito de permanencia de 3 años en el RPM conforme lo dispuesto en el Art. 13 de la Ley 100/1993, además, no existió asesoría profesional, clara, suficiente y oportuna respecto del funcionamiento, características, ventajas y posibles desventajas de pertenecer al RAIS, así como tampoco una comparación de la posible mesada pensional en ambos regímenes. El 1 de junio del 2000 se afilió a COLFONDOS S.A., quien tampoco asesoró de ninguna forma a la actora, por lo que el 1 de marzo de 2008 decidió retornar a PORVENIR, su actual administradora en calidad de cotizante.

A través de escrito presentado a COLPENSIONES el 30 de octubre de 2020 solicitó que fuera tenida como afiliada en el RPM conforme lo dispuesto en el Art. 271 de la Ley 100/1993 y, en consecuencia, se ordenara el traslado de los aportes que se encontraban en PORVENIR, a su turno, la entidad pública resolvió la solicitud de manera desfavorable. Mediante diversas peticiones elevadas tanto a PORVENIR

como a COLFONDOS solicitó la anulación de las afiliaciones efectuadas y las mencionadas entidades dieron respuesta de esas peticiones de manera negativa. Indicó que en proyección pensional realizada por PORVENIR a la edad de 61 años obtendría una mesada equivalente a \$877.803 a través del fondo de garantía de pensión mínima, fondo del cual la actora no tenía conocimiento alguno.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 23 de junio de 2021 (Archivo 04 "AUTO ADMITE") 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 40 del archivo 18 "11001310503520210017600 CONTESTACIÓN" del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento y edad de la actora, las cotizaciones realizadas a CAJANAL y la fecha de afiliación al ISS.
- 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 21 del archivo 13 "CONT GLORIA PATRICIA FARFAN" del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- Respecto a los hechos aceptó lo atinente a las vinculaciones con PORVENIR el 24 de marzo de 1999 y el 1 de marzo de 2008.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS como se muestra a folios 1 a 14 del archivo 15 "J-35 BOG..." del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y edad de la actora, la afiliación a COLFONDOS, la solicitud de anulación de afiliación elevada ante el fondo privado y la respuesta negativa.
- Formuló 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.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 14 de diciembre de 2021 mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado GLORIA PATRICIA FARFAN GUTIERREZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP PORVENIR S.A., fondo en el que actualmente está afiliada, a trasladar a la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la **AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.** a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que este permaneció afiliado en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a volver a afiliar a **GLORIA PATRICIA FARFAN GUTIERREZ** al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que esta hubiere efectuado a la administradora de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A.**

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada **AFP PORVENIR S.A.** por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$500.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en 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, dicho deber tampoco fue cumplido por COLFONDOS, ya que tampoco le brindó la información relevante y necesaria respecto del RAIS y sobre la posibilidad de retornar al RPM. Sobre el interrogatorio absuelto por la actora, adujo que si bien ella indicó que quien hacía todos sus trámites pensionales era su secretaria y que ella nunca se informó del funcionamiento del RAIS, además de que realizó diversos traslados horizontales, consideró que los fondos privados no demostraron el cumplimiento al deber de información que les asistía, independiente del actuar negligente de la demandante, por lo que, en aplicación del precedente jurisprudencial procedió la declaratoria de ineficacia. Se abstuvo de estudiar las excepciones propuestas dadas las results del proceso y condenó en costas solamente a PORVENIR.

Recurso de apelación

COLFONDOS: No interpuso recurso.

COLPENSIONES: Indicó que el traslado inicial y los traslados horizontales gozaron de plena validez, además, hubo actuar negligente de la demandante al nunca acercarse a las oficinas de los diversos fondos a informarse respecto del funcionamiento del RAIS, consideró que con la decisión se está vulnerando el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, ya que los recursos que tiene la demandante en el RAIS no serán suficientes para solventar una posible prestación de vejez, por lo que pidió la revocatoria de la decisión.

PORVENIR: Indicó que el interrogatorio demostró que la actora conocía las características del RAIS, por lo que fue su voluntad mantenerse afiliada en el fondo privado, además, no hizo uso de la posibilidad de retornar al RPM cuando aún podía hacerlo, por lo que, al evaluar lo anterior junto a los traslados horizontales, existió una ratificación y vocación de permanencia al RAIS. Adujo que la demandante incumplió sus deberes como consumidora financiera al no informarse por su propia

cuenta, además, al ser funcionaria pública y por sus capacidades profesionales no era una afiliada "lega".

Subsidiariamente solicitó se revoque la decisión de devolver las sumas descontadas por gastos de administración, en razón a que dichas sumas están originadas de una disposición legal y son producto de la buena gestión de los aportes de la actora, aportes que generaron unos rendimientos y por cuanto son sumas que no están destinadas a financiar una posible prestación de vejez, se les aplica la prescripción, además de que ordenar dicha devolución genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, razones por las que solicitó la revocatoria de la decisión.

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

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada.

COLPENSIONES: Reiteró los argumentos expuestos en la alzada.

PORVENIR: Indicó en síntesis que el traslado fue válido, que no se acreditaron vicios del consentimiento y se cumplió con el deber de información que le asistía al fondo privado.

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 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 30 de octubre de 2020 (Fls. 123 y 124 Archivo 1 “Demanda”) en la que solicitó la anulación del traslado al RAIS y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública del mismo día (Fls. 125 a 127 Archivo 1 “Demanda”), 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 marzo de 1999, cuando solicitó su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., conforme se desprende del formulario de afiliación visto a folio 70 del archivo 13 PDF del Exp. Digital, posteriormente, se afilió a la AFP COLFONDOS S.A. el 1 de junio del 2000, información que se corrobora con el formulario de afiliación visto a folios 132 del archivo 1 y 17 del archivo 15 y, finalmente, retornó a PORVENIR el 1 de marzo de 2008, conforme se demuestra con el formulario de afiliación visible a folios 141 del archivo 1 y 71 del archivo 13, 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 24 de marzo de 1999, diligenció una solicitud de vinculación a PORVENIR S.A. (Formulario visible a folio 70 del archivo 13) con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, 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

¹ **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)

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 Villegas² 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, contrario a lo que afirma COLPENSIONES, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a

² "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"

³ "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

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. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

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 los conocimientos profesionales de la actora y lo mencionado por ella en el interrogatorio de parte, existía una voluntad de permanecer en el RAIS, por lo tanto, la Sala entrará a evaluar lo mencionado por FARFÁN GUTIÉRREZ en el interrogatorio.

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"

⁴ "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"

Gloria Patricia Farfán Gutiérrez, de 55 años, administradora pública y especialista en gestión pública, indicó que se trasladó a PORVENIR en marzo de 1999 cuando trabajaba en la asamblea departamental del Caquetá como diputada, dijo que la secretaria de la asamblea fue la que desarrolló la afiliación y la llamó para firmar unos documentos, dijo que no tuvo una asesoría al momento del traslado, que en el año 2000 se trasladó a COLFONDOS, ese trámite también fue realizado por la secretaria de la asamblea, que leyó el formulario pero, no entendía lo allí establecido, no se acercó con posterioridad a que la asesoraran, en el año 2008 cuando fue elegida alcaldesa de Florencia se vinculó nuevamente a PORVENIR y, una vez más, quien realizó todas las gestiones para dicha afiliación fueron su secretaria y las personas de recursos humanos de la alcaldía, no se acercó a PORVENIR ni a COLPENSIONES a recibir información sobre su futuro pensional porque tenía muchas ocupaciones y confiaba en las entidades. No conocía los requisitos para pensionarse en el ISS al momento que se trasladó de régimen, que le han llegado extractos de su cuenta de ahorro individual, que los ha revisado detalladamente, conoce que sus dineros generan unos rendimientos, sabía que su mesada pensional dependía del capital acumulado y los rendimientos generados, supo por su apoderada la posibilidad de pensionarse en el RAIS a una menor edad, que el motivo de afiliarse a COLPENSIONES es porque está cerca a cumplir su edad y una vez analizada su situación consideró que el fondo público le garantiza una mejor posibilidad de asegurar su futuro. Reiteró que el traslado de PORVENIR a COLFONDOS lo decidió también la secretaria de la asamblea departamental, que ella estaba dedicada simplemente a la política y no prestaba atención a esa situación, que delegaron por orden de la mesa directiva de la asamblea departamental dicha responsabilidad a esa funcionaria y que ella en ningún momento escogió a que fondo afiliarse, porque esa función era delegada a otras funcionarias.

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 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 delegaba estas funciones de afiliaciones en una tercera persona porque, estaba en la obligación de verificar esa situación y de informarle a la actora de los beneficios que le traería la afiliación al RAIS, así como también las posibles desventajas que pudiera tener, porque si bien existe un desinterés de la actora, el cual se demuestra con las respuestas brindadas en el interrogatorio, no es menos cierto que 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 ni los traslados horizontales realizados y, mucho menos, por el desinterés de la actora de informarse de su régimen pensional por su cuenta, 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. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado,

⁵ "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.

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:

*“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 de los actos de relacionamiento presuntamente desplegados por la actora y mencionados por el apoderado de Porvenir en el sentido de indicar que el desinterés de la demandante, los traslados horizontales y la permanencia en el tiempo en el RAIS demostraban que Farfán Gutiérrez quería estar afiliada a su fondo, cabe mencionar que dicha tesis fue mencionada en sentencias proferidas por la Sala de Descongestión Laboral de la CSJ, las cuales, una vez evaluadas por las Salas Permanentes de la Corporación fueron desestimadas, en tanto, la Sala de Descongestión no tenía dentro de sus funciones dictar jurisprudencia, por lo tanto, se ha indicado que deben acogerse los criterios pacíficos establecidos desde la

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).

sentencia 31989, además, es menester indicar que dichos actos tampoco convalidan o sanean de ninguna forma la falta al deber de información del fondo privado, por cuanto, como se indicó en precedencia, se está juzgando el acto al momento del traslado de régimen, por lo que, la única información válida es la indicada en ese momento, sin que ninguna actuación posterior de la actora o del fondo privado sanee dicho actuar contrario a la Ley.

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 de primera instancia 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 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.

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 Farfán 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.

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 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 14 de diciembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO. – 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 para cada una de las recurrentes.

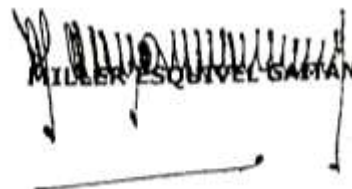
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GLORIA PATRICIA RAMÍREZ ARIZABALETA CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES. Rad. 2019 – 00690 01. Juz. 17 (EN CONOCIMIENTO DEL 1º TRANSITORIO).

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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

GLORIA PATRICIA RAMÍREZ ARIZABALETA demandó a las **AFP COLFONDOS, SKANDIA y PORVENIR**, así como la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 3 y 4 del archivo 01 del expediente digital.

- Nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen efectuado el 28 de marzo de 1995.
- Ordenar la anulación de los traslados entre administradoras del RAIS.
- Ordenar a las demandadas realizar las gestiones para anular el traslado.
- Traslado de aportes desde SKANDIA a COLPENSIONES.
- Ordenar a COLPENSIONES recibirla en el RPM sin solución de continuidad.
- Corrección y actualización de historia laboral.
- Se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de pensión de vejez a partir del 26 de marzo de 2017.
- Se ordene a COLPENSIONES la inclusión en la nómina de pensionados, así como el pago de las mesadas ordinarias y adicionales causadas.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas y gastos del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 6 del archivo 001 del expediente digital. Nació el 26 de marzo de 1960, por lo que cumplió la edad requerida en el RPM para acceder a la pensión de vejez la misma calenda del año 2017. Se afilió al Sistema General de Pensiones el 2 de julio de 1977, por lo que cotizó en el ISS 585 semanas. El 28 de marzo de 1995 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS

S.A., sin embargo, dicha decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que es viable la anulación del traslado antes mencionado en virtud de diversos pronunciamientos de la SL CSJ. El 1 de diciembre de 1999 se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., en donde permaneció hasta el 23 de noviembre de 2001 cuando se trasladó a OLD MUTUAL hoy SKANDIA, luego, el 1 de agosto de 2013 se afilió a PORVENIR y, el 2 de febrero de 2017 retornó a SKANDIA. En el RAIS cotizó 978 semanas, por lo que en el acumulado hasta el 1 de mayo de 2014 ha cotizado 1.573 semanas. Adujo que SKANDIA se encontraba en la obligación de informarle sobre el año de gracia concedido por el Art. 2 de la Ley 797/2003, así como también debió indicarle de la imposibilidad de trasladarse de fondo cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, informaciones que no fueron brindadas por el fondo privado. En proyección pensional realizada por SKANDIA indicó que su mesada pensional para el año 2019 en el RAIS sería equivalente a \$3.929.628, mientras que la mesada pensional a percibir en el RPM conforme el IBL de 2019 sería de \$6.819.059. Elevó ante todas las demandadas el 19 de septiembre de 2019 petición de nulidad de traslado de régimen, mientras que el 18 de octubre del mismo año solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 26 de marzo de 2017.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 6 de noviembre de 2019 (Folio 143 archivo 01) 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 146 a 158 del archivo 01 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la actora, la fecha de afiliación y las cotizaciones realizadas en el ISS, los derechos de petición solicitando la nulidad de traslado elevados ante los fondos del RAIS y la entidad pública, así como la petición de reconocimiento y pago de pensión de vejez presentada ante COLPENSIONES.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho para regresar al RPM, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, excepción error de derecho no vicia el consentimiento y la innominada.

La **AFP SKANDIA S.A.** como consta en los folios 174 a 179 del archivo 01 del expediente digital.

- Se opuso a la mayoría de pretensiones, a las demás no se opuso ni se allanó.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, 6 a 9, 13, 17.
- Formuló como excepciones de mérito; buena fe, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** como se visualiza a folio 232 del archivo 01 del expediente digital.

- Se allanó a las pretensiones.
- No se pronunció sobre ningún hecho.
- No propuso excepciones.

La **AFP PORVENIR S.A.** como consta en los folios 245 a 269 del archivo 01 del expediente digital.

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

Mediante proveído del 8 de marzo de 2021 (Fls. 283 a 285 del archivo 01) el Juzgado tuvo por contestada la demanda por parte de COLPENSIONES, PORVENIR y SKANDIA e inadmitió la contestación de **COLFONDOS** por no haberse pronunciado expresamente de los hechos y pretensiones de la demandante, además porque el apoderado no cuenta con la facultad expresa de allanarse.

La **AFP COLFONDOS S.A.** subsanó la contestación de la demanda conforme el escrito visto a folios 288 a 301 del archivo 01 del expediente digital.

- Solo se opuso a las pretensiones de costas y uso de facultades ultra y extra petita.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la fecha de afiliación a COLFONDOS, la petición elevada por Ramirez Arizabaleta ante dicha AFP y la respuesta brindada.
- Formuló como excepciones de mérito; buena fe, compensación, pago y genérica.

Mediante auto del 26 de abril de 2021 (Fls. 386 y 387) se tuvo por contestada la demanda por parte de COLFONDOS y se fijó fecha de audiencia de que trata el Art. 77 del C.P.T.S.S. Mediante proveído del 15 de septiembre de 2021 (archivo 02 Exp. Digital) el Juzgado 1º Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C. asumió el conocimiento del proceso y fijó fecha de audiencia de que trata el Art. 80 del C.P.T.S.S.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 23 de septiembre de 2021 mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la señora GLORIA PATRICIA RAMIREZ ARIZABALETA, identificada con C.C. No.

31.387.814, del Régimen de Prima Media con Prestación administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., efectuado el día 28 de marzo de 1995 y por ende la que efectuó con posterioridad a PORVENIR S.A. en noviembre 05 de 1999, a SKANDIA S.A. en noviembre 23 de 2001, a PORVENIR el 26 de junio de 2013 y, a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS el 02 de febrero de 2017, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante GLORIA PATRICIA RAMIREZ ARIZABALETA, identificada con C.C. No. 31.387.814, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, como si nunca se hubiese traslado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GLORIA PATRICIA RAMIREZ ARIZABALETA, identificada con C.C. No. 31.387.814, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, y una vez COLPENSIONES reciba todos estos conceptos, deberá proceder de manera inmediata a estudiar sobre la procedencia del derecho pensional de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta para la liquidación lo regulado en el artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSOLVER a las demandas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las entidades COLPENSIONES, PORVENIR A.F.P., COLFONDOS Y SKANDIA S.A. y a favor de la demandante. Fíjese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas.

SÉPTIMO: 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 en razón a que COLFONDOS no demostró de ninguna manera que haya informado en debida forma a la actora al momento de suscribir el formulario, es más, ni siquiera allegó dicha documental y no formuló ninguna oposición a la prosperidad de las pretensiones, por lo que no puede entenderse que

el traslado realizado por Ramírez Arizabaleta haya estado precedido de una información suficiente y oportuna respecto a todas las características del RAIS. Adujo que del interrogatorio de parte tampoco se logró obtener confesión que soporte la tesis de que, si fue informada debidamente, por el contrario, reafirmó lo mencionado inicialmente en su demanda, por lo que procede la declaratoria de ineficacia. Hizo mención a los efectos derivados de la declaratoria de ineficacia, por lo que ordenó la devolución de los gastos de administración descontados por parte de SKANDIA (actual AFP de la actora). En cuanto a la excepción de prescripción manifestó que la pretensión principal del proceso es declarativa, lo que hace que no se encuentre cobijada por el término trienal. Finalmente, respecto de la pretensión de pensión indicó que si bien la demandante ya cumplió la edad mínima para acceder a la prestación en el RPM, hasta que no se realice el traslado de los aportes, rendimientos y cuotas de administración no se sabrá con exactitud la totalidad de semanas cotizadas y del capital acumulado a fin de determinar la cuantía y porcentaje de la prestación, por lo que ordenó a COLPENSIONES que estudie la prestación una vez se trasladen todas las sumas desde SKANDIA.

Recurso de apelación

Demandante: Formuló su desacuerdo por cuanto si es procedente a su juicio el reconocimiento de la prestación de vejez, ya que con la historia laboral allegada al plenario se acredita la densidad de semanas cotizadas, además de que se demostró el cumplimiento del requisito de la edad a partir del año 2017, por lo que, si se mantiene la decisión de que COLPENSIONES estudie el reconocimiento de la prestación con posterioridad, algunas de las mesadas ya causadas no serán pagadas por estar prescritas.

PORVENIR: Indicó que el traslado de régimen fue válido, no se demostró la ocurrencia de algún vicio del consentimiento, así como también manifestó que se le restó valor probatorio al formulario de afiliación, el cual aceptó haber firmado sin ningún tipo de presión. Adujo que en el caso se demostró la existencia de actos de relacionamiento, los cuales han sido mencionados en jurisprudencias de la SL CSJ y que permiten demostrar o validar la voluntad del afiliado de permanecer al RAIS, actos de relacionamiento como por ejemplo lo son los traslados horizontales y la vocación de permanencia, además, que la actora por sus capacidades profesionales tenía pleno conocimiento del funcionamiento del sistema financiero, por lo que no puede alegar engaño alguno. Finalmente, respecto de la condena en costas dijo que el traslado de régimen no se realizó con esta AFP, además que como el traslado inicial fue válido, el fondo privado actuó de buena fe al recibirla como afiliada.

SKANDIA: Conforme al Decreto 3995 de 2008 Art. 7 consideró que no debe ordenarse la devolución de los rendimientos financieros y gastos de administración, en razón a que allí se indican claramente las sumas a retornar, hizo mención al Art. 230 de la C. Política en el sentido de manifestar que los jueces están sometidos al imperio de la Ley y no de la jurisprudencia, por lo que debe ceñirse a lo mencionado en dicho Decreto. Mencionó que los gastos de administración y las cuotas de seguro previsional se encuentran en poder de un tercero, por lo que ordenar su devolución

genera un perjuicio patrimonial en la AFP. Respecto de los rendimientos, explicó que fueron obtenidos de buena fe (Art. 964 C. Civil), por lo que al declararse su devolución se está juzgando que la AFP actuó de mala fe, situación que no se demostró en el curso del proceso. Subsidiariamente en caso de confirmación de la orden de devolver las anteriores sumas pidió se declare probada la excepción de prescripción específicamente en lo atinente a los gastos de administración, en virtud a lo normado en el Art. 1081 del C. Comercio, el cual habla de un término prescriptivo de 2 años en lo atinente a un contrato de seguros, norma aplicable a dichos valores pagados por la AFP a la aseguradora.

COLPENSIONES: Indicó que la actora está inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003 al tener ya 61 años y posiblemente las semanas necesarias para acceder a la prestación, por lo que no puede retornar al RPM, ya que fue su decisión mantenerse en el RAIS al efectuar traslados horizontales entre los fondos privados. De otra parte, afirmó que no existió ningún vicio del consentimiento al momento del traslado de régimen, por lo que el traslado declarado ineficaz es válido. Afirmó que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema con esta decisión y respecto a las costas sostuvo que siempre la entidad pública ha actuado de buena fe, por lo que no procede dicha condena.

COLFONDOS: No interpuso recurso.

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

Parte demandante: Solicitó la confirmación de la decisión en cuanto a la declaratoria de ineficacia, ya que COLFONDOS no demostró el cumplimiento al deber de información que le correspondía al momento del traslado de régimen, por lo que, conforme a los criterios jurisprudenciales de la SL CSJ es procedente declarar ineficaz el traslado, Sobre la pensión de vejez adujo que cumple con los dos requisitos dispuestos por la Ley 100/1993, por lo que reiteró que se debe reconocer la prestación de manera inmediata, a fin de evitar que prescriban algunas de las mesadas a las que tiene derecho.

Parte demandada.

COLPENSIONES: Reiteró los argumentos esbozados en la censura y solicitó no ser condenada en costas por haber actuado de buena fe conforme al Art. 932 del Código de Procedimiento Civil.

PORVENIR: En síntesis, reiteró los argumentos expuestos en su recurso.

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 ineficacia del traslado de régimen, la orden de retornar los rendimientos financieros y los gastos de administración dictada contra SKANDIA, la condena en costas contra COLPENSIONES y PORVENIR y si procede en sede de instancia el reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada por la demandante.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 16 de septiembre de 2019 (Fls. 124 a 135 Archivo 01) en la que solicitó la nulidad del traslado al RAIS y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública (Fl. 36 archivo 01), así mismo, en misiva del 8 de octubre de 2019 (Fls. 137 a 141 archivo 01) solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo anterior, 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, inicialmente se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. el 28 de marzo de 1995 conforme al reporte SIAFP visible a folio 270 del archivo 01, luego se vinculó a HORIZONTE (hoy PORVENIR) el 5 de noviembre de 1999 conforme a formulario visible a folio 271 del archivo 01, se afilió a SKANDIA el 23 de noviembre de 2001 conforme a formulario visible a folio 181 del archivo 01, retornó a PORVENIR el 26 de junio de 2013 conforme a formulario visible a folio 272 del archivo 01 y finalmente regresó a SKANDIA el 2 de febrero de 2017 conforme a formulario visible a folio 180 del archivo 01, afiliación que, a la fecha 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 ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP COLFONDOS S.A. 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 parte actora diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS S.A., el 28 de marzo de 1995 (reporte SIAFP visible a folio 270 del archivo 01 Exp. Digital), con la cual cumpliría los requisitos

que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante en su interrogatorio, 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 Villegas² 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.

1 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.

Quiénes 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.

Quiénes 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)

² *“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 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. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como pretende hacer notar PORVENIR y COLPENSIONES.

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;

³ “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”

"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 el caso particular se debe anotar que ni siquiera fue allegado el formulario de afiliación suscrito con COLFONDOS, ni tampoco el apoderado de dicha AFP allegó alguna prueba o solicitó interrogar a la demandante respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se dio su traslado, por lo tanto, no pueden pretender las apelantes PORVENIR y COLPENSIONES que se tenga como un traslado válido el efectuado por la demandante en el año 1995 sin que exista un soporte probatorio sólido que sostenga dicha presunción, más aun, no hay cabida al reclamo de PORVENIR respecto a que se le restó valor probatorio al formulario suscrito por Ramírez Arizabaleta, ya que, reitera la Sala, el mismo no fue allegado y si bien la actora aceptó haberlo suscrito, la documental no se encuentra en el expediente, lo único que lo soporta es el reporte SIAFP que, en algunas ocasiones, contiene información errónea en cuanto a fechas o fondos en los que estuvieron afiliadas las personas, por lo que no es posible restarle o sumarle valor probatorio a un formulario que no se constituyó como prueba y que, a la luz del proceso no existe. Por lo anterior, la AFP COLFONDOS S.A., 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 siempre ha existido (SL1452-2019).

Es de advertir 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, 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), por lo que, una asesoría posterior de cualquiera de las AFP en las que estuvo vinculada la actora no saneaban la falta al deber de información inicial, aunque, en gracia de discusión, se debe indicar que tampoco demostraron haber informado debidamente a su afiliada, ya que solo allegaron los diversos formularios suscritos a lo largo del tiempo por Ramírez Arizabaleta, por lo que, colige la Sala que la demandante nunca fue informada en debida forma de las

características del RAIS y las condiciones para obtener su pensión de vejez en dicho régimen.

Tampoco es de recibo la tesis de los actos de relacionamiento expuesta por PORVENIR, ya que, dicha teoría fue manifestada en diversos pronunciamientos emitidos por la Sala de Descongestión Laboral de la CSJ, sala que cuando fue creada no tenía la facultad de dictar jurisprudencia, por lo tanto, la Sala se aparta de dicho criterio y acoge solamente los instituidos por la Sala Permanente, por lo que situaciones como la permanencia en el tiempo del RAIS, los traslados horizontales y los conocimientos adquiridos, la profesión u oficio de la actora no son características o hechos que convaliden la negligencia del fondo privado al que le correspondía asesorar en debida forma a su nuevo afiliado.

En cuanto al argumento de COLPENSIONES respecto de la prohibición de la Ley 797/2003, es preciso mencionar que como el acto de traslado de régimen no estuvo precedido de la suficiente información e ilustración que le permitiera conocer a la demandante la realidad de las decisiones que tomaba, la declaratoria de ineficacia de dicho traslado retrotrae las cosas al estado anterior, es decir, se hace la ficción legal de que la demandante se afilió al ISS y allí permaneció durante toda su vida laboral, por lo tanto, no existe limitante que le impida su retorno al RPM en virtud de las consecuencias ampliamente conocidas de la declaratoria de ineficacia dictadas por la SL CSJ. Por todo lo anterior, la declaratoria de ineficacia del traslado dictada en primera instancia se mantendrá incólume y, procede la Sala a analizar los demás puntos de la alzada.

Devolución de los rendimientos financieros.

Resume su disenso la apoderada de **SKANDIA** en razón a que no procede la devolución de los rendimientos financieros generados por dicha AFP sobre las sumas de la cuenta de ahorro individual de la actora, en virtud del Art. 964 del C. Civil que trae a colación la Sala a fin de dilucidar la controversia:

"El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción; se considerarán como no existentes lo que se hayan deteriorado en su poder.

El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores.

En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos."

Es preciso mencionar que en el caso particular no se discutió si existió una mala o buena fe de la AFP SKANDIA, ya que el acto declarado ineficaz se generó con COLFONDOS, por lo que, no puede promulgarse una posible mala fe no discutida, además, el retorno de los rendimientos financieros se da como consecuencia de la declaratoria de ineficacia y, en gracia de discusión, el Art. Antes citado no es aplicable al caso particular, ya que el dueño de la cosa, en este caso, los aportes a pensión, es la afiliada, el fondo privado se encarga de administrarlos, por lo tanto, no se puede promulgar que la AFP es un poseedor de dichos recursos sino un administrador.

Devolución de los gastos de administración.

Respecto a la apelación de **SKANDIA** 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, 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.

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, que fueron entregados a un tercero y no reposan en las arcas del fondo privado, porque, 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 gastos de administración, se garantiza que la prestación que posiblemente se le reconozca a RAMÍREZ ARIZABALETA en el RPM se encuentre totalmente cubierta con dichos valores, así como tampoco se constituye un enriquecimiento sin causa a favor del fondo público y se evita 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."

No obstante, si bien SKANDIA no fue la AFP que incurrió en la falta al deber de información, no es menos cierto que no verificó en ninguno de los dos momentos en que la actora se afilió a su fondo de que estuviera debidamente asesorada, así como tampoco le indicó de la posibilidad de retornar al RPM y, al ser la AFP a la que actualmente se encuentra afiliada, es quien debe responder por la orden dictada por la A quo, sin que esto signifique, que no pueda iniciar las acciones legales que considere necesarias en contra de COLFONDOS S.A.

Respecto a la solicitud de que se le dé aplicación del Art. 7 del Decreto 3995 de 2008, es pertinente indicar que dicho decreto se aplica en casos de que exista una multifiliación, situación que en este caso no ha ocurrido ni mucho menos se ha discutido, por lo tanto, la orden allí emitida no puede aplicarse al caso particular, por lo tanto y como fue indicado en precedencia, debe darse irrestricta aplicación a las consecuencias de la declaratoria de ineficacia de traslado que ha adocinado la SL CSJ, sin que tampoco haya cabida a acoger el argumento respecto a que el juzgador solo debe someterse al imperio de la Ley (Art. 230 de la C. Política) y "pasar por alto" los pronunciamientos jurisprudenciales, ya que los mismos son una fuente formal de derecho y al ser dictados por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral deben ser aplicados en las providencias judiciales.

Finalmente, como solicitud subsidiaria argumentó la apoderada que debe aplicarse el fenómeno prescriptivo de 2 años mencionado en el Art. 1081 del Código de Comercio, por cuanto son sumas derivadas de un contrato de seguros entre la AFP y la aseguradora, por lo que la Sala cita la norma en mención a fin de resolver lo pertinente:

"ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.” (negrilla y subrayado por la Sala)

Lo anteriormente descrito habla de las acciones derivadas del contrato de seguro, contrato que fue suscrito entre la AFP y un tercero (aseguradora) que no fue vinculada al proceso y que, en todo caso, no es posible aplicarle unas consecuencias derivadas de un negocio jurídico del cual no se hizo parte la actora, aun así, es criterio pacífico y reiterado de la SL CSJ que las acciones derivadas del derecho a la seguridad social, como lo es el presente proceso y las ordenes dictadas con ese propósito son imprescriptibles, por tanto, ni la declaratoria de ineficacia ni las sumas ordenadas a retornar al RPM se ven afectadas por los diversos fenómenos prescriptivos dictados tanto en normas laborales como en normas de otras áreas del derecho.

Pensión de vejez.

En relación a la pensión de vejez no reconocida en la sentencia de primera instancia, decisión apelada por la demandante, se tiene en cuenta que como lo afirmó la A quo aún no se han efectuado el traslado de los aportes y rendimientos obtenidos en el régimen de ahorro individual, lo que conlleva a que no exista obligación por parte de COLPENSIONES hasta que no se realice el mencionado traslado de los aportes pensionales con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración, por lo que una vez recibidos dichos valores por parte de COLPENSIONES deberá proceder al estudio de los requisitos para ser beneficiaria del posible reconocimiento pensional y será en esa instancia, la etapa en la cual se decidirá la fecha en la que debe ser reconocida la prestación y, si hay lugar a pagar alguna suma por concepto de retroactivo.

Condena en costas.

En virtud del Art. 365 del C.G.P. quien resulte vencido en el trámite del proceso será condenado, por lo que, resulta acertada la decisión de la A quo de condenar en dicho rubro a todas las entidades que componen la pasiva, sin que sea de recibo por parte de la Sala los argumentos expuestos por las recurrentes en este aspecto, porque, ni el actuar de buena fe en el curso de sus actuaciones administrativas y judiciales (situación que debe realizarse en todo momento), la buena gestión de administración de aportes realizada por PORVENIR ni el hecho de que la actora ya no se encuentre afiliada a la AFP antes mencionada, son razones que permitan revocar la condena impuesta en primera instancia, la cual encuentra soporte normativo en la disposición mencionada previamente.

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

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la **DEMANDANTE** y de **SKANDIA, PORVENIR y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de la demandante, en cuanto a las demandadas fíjense la suma de 1 SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) a cargo de la 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 por el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el veintitrés (23) de septiembre 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 **DEMANDANTE** y de **SKANDIA, PORVENIR y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de la **DEMANDANTE**, en cuanto a las demandadas fíjense la suma de 1 SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) a cargo de **SKANDIA, PORVENIR y COLPENSIONES**.

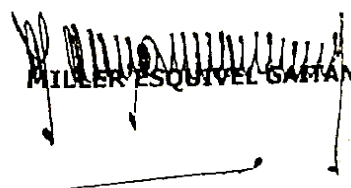
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JEANNETTE DE JESÚS FAJARDO BAIZ
CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,
SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES. Rad. 2019 – 00142 01.
Juz. 34.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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

JEANNETTE DE JESÚS FAJARDO BAIZ demandó a las **AFP COLFONDOS S.A.,
SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.**, así como a la **ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** para que se profieran las
declaraciones y condenas contenidas a folios 53 y 54 del archivo 01 del expediente
digital.

DECLARATIVAS

- Nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen efectuado a HORIZONTE.
- Omisión de las AFP demandadas de informar beneficios y desventajas del RAIS.
- Que debe estar afiliada al RPM.

CONDENATORIAS

- Condenar a la AFP HORIZONTE a la nulidad de afiliación inicial al RAIS.
- Nulidad de los traslados horizontales.
- Traslado de aportes al RPM.
- Que COLPENSIONES acepte dichos aportes y la registre como su afiliada.
- Pago de costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 54 y 55 del archivo 01 del expediente digital. Nació el 7 de marzo de 1965, se afilió al extinto ISS en julio de 1987, cuando inició operación el sistema pensional administrado por los fondos privados, los mismos iniciaron una campaña de publicidad por diversos medios, por lo que, en mayo de 1994, firmó solicitud de vinculación a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR), sin embargo, no le informaron los riesgos de pertenecer al RAIS ni le advirtieron que su pensión podría ser inferior al ISS, así como tampoco le efectuaron una proyección pensional. El 28 de febrero de 1997 suscribió formulario de afiliación con COLFONDOS y luego, realizó diversos traslados a OLD MUTUAL el 1 de junio de 2004, a COLFONDOS el 1 de junio de 2009, regresó a OLD MUTUAL el 1 de septiembre de 2010, PORVENIR el 1 de octubre de 2013 y retornó a COLFONDOS en junio de 2015. Luego de efectuar proyecciones pensionales en ambos regímenes y verificar que su mesada pensional sería más beneficiosa en el RPM solicitó ante COLFONDOS la nulidad del traslado y ante COLPENSIONES la aceptación de trasladarse al RPM, sin embargo, ambas entidades emitieron respuestas negando lo solicitado.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 29 de abril de 2019 (Folio 69 archivo 01) 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 74 a 85 del archivo 01 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento y afiliación al ISS de la actora, las afiliaciones a COLFONDOS y OLD MUTUAL, las solicitudes elevadas por la actora ante la AFP y COLPENSIONES, así como las respuestas emitidas por las entidades.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de Colpensiones, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa y genérica.

La **AFP SKANDIA S.A.** como consta en los folios 105 a 113 del archivo 01 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y la publicidad ejercida por las AFP cuando inició su funcionamiento.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, buena fe, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el actor y genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** como se visualiza a folios 131 a 146 del archivo 01 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y la respuesta negativa de la solicitud de nulidad.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** como consta en los folios 178 a 205 del archivo 01 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, el traslado realizado a COLFONDOS en 1997 y los traslados horizontales realizados entre AFP.
- 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 Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 24 de agosto de 2021 mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia y/o nulidad del traslado realizado por la demandante JEANNETTE DE JESÚS FAJARDO BAIZ, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado el 13 de mayo de 1994, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones y cesantías Colpatria hoy **PORVENIR S.A.**, y los consecutivos traslados horizontales realizados ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la SOCIEDAD AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondos de pensiones SOCIEDAD AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a reintegrar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de JEANNETTE DE JESÚS FAJARDO BAIZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES**, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la SOCIEDAD AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con motivo de la afiliación de la demandante JEANNETTE DE JESÚS FAJARDO BAIZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus

frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y, tenerlos como semanas efectivamente cotizadas.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada AFP PORVENIR S.A., se fija como agencias en derecho, la suma de UN salario mínimos legales mensuales vigentes.

SEXTO: CONSULTAR la sentencia ante el Tribunal Superior de Bogotá, en caso de no ser objeto del recurso de apelación.”

Llegó a esta determinación en razón a que PORVENIR (en su época COLPATRIA) no brindó la debida asesoría que le correspondía a su nuevo afiliado conforme lo preceptuado por la SL CSJ, además, la AFP solo allegó el formulario suscrito por la actora, el cual no acredita un consentimiento debidamente informado. Además, conforme lo ha considerado la Corte no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa legítima, derecho consolidado o si es beneficiario/a del régimen de transición, ya que lo que se juzga es el acto de traslado que no estuvo precedido por la suficiente información, independiente de la situación pensional de la persona. Del interrogatorio de parte absuelto por la demandante no se logra establecer que haya sido debidamente informada, al contrario, indicó que su afiliación a COLPATRIA se originó porque era requisito para poder laborar en dicha entidad, pero que, sin embargo, no le dieron ninguna información respecto al funcionamiento del RAIS ni las ventajas o desventajas de la decisión que acababa de tomar, información que tampoco le brindó COLFONDOS ya que dicho traslado horizontal obedeció a un requisito impuesto por su nuevo empleador (Citybank), por lo que simplemente lo diligenció sin posibilidad de hacer preguntas. En las respuestas dadas por la representante legal de PORVENIR afirmó que solo reposaba el formulario de afiliación suscrito en el año 94, por lo tanto, con las pruebas recaudadas la A quo llegó a la conclusión de declarar la ineficacia del traslado. Declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, en especial la de prescripción porque se está discutiendo un aspecto atinente al derecho fundamental a la seguridad social, por lo que es irrenunciable e imprescriptible. Finalmente, condenó en costas a la AFP PORVENIR.

Recurso de apelación

COLPENSIONES: Solicitó la revocatoria de la decisión en razón a que el traslado fue plenamente válido, ya que fue la voluntad de la actora afiliarse al RAIS, por lo que, declarar la ineficacia del traslado genera una descapitalización del sistema pensional.

Las **AFP PORVENIR, COLFONDOS y SKANDIA** no interpusieron recurso.

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

Parte demandante: Hizo un recuento del desarrollo normativo del deber de información y adujo que, bajo esa perspectiva, se demostró que no fue debidamente informada al momento del traslado de régimen, por lo que debe confirmarse la decisión de primera instancia.

Parte demandada.

COLPENSIONES: Indicó que la actora está inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003 (situación no alegada en su recurso), además que no se acreditó la ocurrencia de algún vicio del consentimiento, por lo que la carga de la prueba en cabeza de la demandante no se cumplió, así como tampoco se demostró la supuesta falta al deber de información, mencionó que con la decisión se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, subsidiariamente solicitó que en caso de confirmación de la decisión se condicione el cumplimiento de la misma hasta que la AFP devuelva todas las sumas de la cuenta de ahorro individual de la actora debidamente indexadas (situación que tampoco solicitó al momento de sustentar su recurso) y pidió no ser condenada en costas por ser un tercero de buena fe (argumento no expuesto en su alzada).

PORVENIR: Indicó que el traslado fue plenamente válido, ya que fue la voluntad de la actora afiliarse al RAIS y permanecer en él al no haber agotado ninguna de las alternativas que la Ley dispone para el retorno al RPM. En caso de confirmación de la decisión, pidió que se mantenga la decisión de absolver a la AFP al encontrar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, no obstante, dicha absolución no ocurrió en primera instancia.

COLFONDOS: Guardó silencio.

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 ineficacia del traslado de régimen y si con dicha decisión se genera una descapitalización del sistema general de pensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 112 de septiembre de 2018 (Fls. 37 y 38 Archivo 01) en la que solicitó la nulidad del traslado al RAIS, así como la activación de su afiliación al RPM, petición resuelta de forma negativa por la entidad pública (Fls. 43 y 44 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 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 13 de mayo de 1994 cuando se afilió a la AFP COLPATRIA - convertida en HORIZONTE y actualmente PORVENIR conforme formulario visible a folio 206, luego, se trasladó a COLFONDOS el 28 de febrero de 1997 conforme anotación 2 del reporte SIAFP visible a folio 214, se vinculó a SKANDIA el 29 de abril de 2004 conforme el formulario que se encuentra en el folio 115, retornó a COLFONDOS el 17 de abril de 2009 según la anotación 4 del reporte SIAFP ya citado, el 29 de julio de 2010 regresó a SKANDIA (Fl. 114), se vinculó a PORVENIR el 23 de agosto de 2013 según formulario visto a folio 207 y, si bien en el reporte SIAFP no aparece la anotación y no fue allegado formulario de afiliación, conforme lo narrado por la actora en su

demanda y lo corroborado a través de la relación histórica de movimientos generada por PORVENIR (Fl. 212) la actora se encuentra actualmente vinculada nuevamente a COLFONDOS. Las documentales antes citadas se encuentran en el archivo 01 del expediente digital.

Validez del traslado de régimen

Indica la recurrente que el traslado de régimen fue plenamente válido, en el cual la demandante plasmó su voluntad de pertenecer al RAIS, por lo que, debe revocarse la declaratoria de nulidad y/o ineficacia solicitada por la actora y resuelta favorablemente por la A quo. Al respecto, si bien la parte actora diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., el 13 de mayo de 1994 (Fl. 206 del archivo 01), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a

¹ **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 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 Villegas² 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

² “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. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Contrario a lo afirmado por COLPENSIONES, nada de lo anterior demostró PORVENIR (en su momento COLPATRIA) quien asumió la afiliación efectuada por la demandante en el RAIS, ya que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado. Por lo anterior, dicha 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). En virtud de lo anterior, para la Sala es claro que el traslado de régimen realizado por FAJARDO BAIZ es ineficaz, en razón a que no fue informada debidamente al momento del mismo, nótese que la demandante es enfática en afirmar que la suscripción del formulario fue un requisito obligatorio para poder trabajar con Leasing COLPATRIA, por lo que no hay forma de considerar que dicho traslado fue plenamente voluntario como pretende

³ “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”

COLPENSIONES, razón por la cual, se mantendrá incólume la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación.

Descapitalización del sistema general de pensiones – Desequilibrio financiero de COLPENSIONES.

Respecto del disenso de COLPENSIONES por cuanto a su criterio la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen genera un desequilibrio financiero en la entidad pública, es preciso recordar lo dictado por la SL CSJ 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**"* (negrilla y subrayado por la Sala), por lo tanto, la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es, como lo indicó la A quo, ordenar la devolución por parte de COLFONDOS de todas las sumas que componen la cuenta de ahorro individual de la actora *"como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado"* sumas con las cuales se garantiza que el posible reconocimiento pensional que deba efectuar COLPENSIONES a favor de FAJARDO BAIZ se encuentre cubierto con dichos valores y así se evita la descapitalización alegada. Ahora bien, en este punto es preciso mencionar que si bien la SL CSJ ordena la devolución de las sumas que fueron descontadas por gastos de administración (criterio acogido por la Sala) el Tribunal no puede ordenarlo en sede de apelación sin que haya sido reclamado por la parte con interés jurídico, por lo anterior, al no haber sido dictada dicha orden en primera instancia y no haber sido reclamada por COLPENSIONES, no hay lugar a pronunciamiento adicional al respecto.

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

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de **COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV para esta anualidad (\$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 por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá el veinticuatro (24) de agosto 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 **COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000).

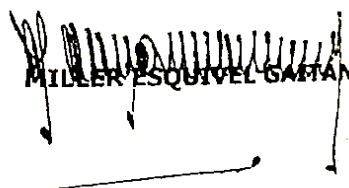
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA CECILIA PADILLA ROMERO
CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad.
2019 – 00537 01. Juz. 16.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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

MARTHA CECILIA PADILLA ROMERO demandó a la **AFP PROTECCIÓN**, a la **AFP OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 17 y 18 (demanda) 30 y 31 (subsanción) del expediente físico.

DECLARATIVAS

- Ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, subsidiariamente la nulidad de dicho acto.
- Ineficacia del traslado horizontal efectuado a OLD MUTUAL.
- Se encuentra afiliada al RPM y por ello, podrá solicitar el reconocimiento y pago de su pensión de vejez.

CONDENATORIAS

- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Traslado de información de aportes.
- Anulación del registro de traslado al RAIS.
- Recibir la información enviada por las AFP y actualizar historia laboral.
- Devolución de gastos de administración indexados.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen en el folio 16 (demanda) y 29 (subsanción). Nació el 13 de febrero de 1960, se afilió el 2 de febrero de 1980 en el Instituto de Seguros Sociales (ISS), suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN el 01 de marzo de 1996. Al momento del traslado, la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN no le brindó ningún tipo de información, la cual fuera suficiente, cierta, clara o transparente respecto de las características, el funcionamiento del RAIS, y acerca de las consecuencias generadas al momento de trasladarse de régimen, tampoco le informó sobre la posibilidad de retornar al RPM y en general, no le brindó ningún tipo de asesoría u orientación. Indicó que se encuentra vinculada actualmente a OLD MUTUAL hoy SKANDIA, la cual efectuó una proyección pensional de ambos regímenes, lo cual arrojó una mesada pensional superior en el RPM respecto a la que obtendría en el RAIS.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad el 1 de julio de 2020 (Fl. 41) y una vez corrido el traslado respectivo, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en archivo PDF que obra en medio magnético visible a folio 45 del expediente físico, así como en los folios 1 a 12 del archivo 003 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la actora y la fecha de afiliación al ISS.
- 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 SKANDIA, en los términos del escrito visible en el archivo PDF que obra en medio magnético visible a folio 48 del expediente físico, así como en los folios 1 a 26 del archivo 005 del expediente digital.

- Se opuso a la mayoría de pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó solamente la fecha de nacimiento de la actora y su actual vinculación a la administradora OLD MUTUAL (SKANDIA).
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y genérica.

La AFP PROTECCIÓN, en los términos del escrito visible en archivo PDF que obra en medio magnético visible a folio 61 del expediente físico, así como en los folios 1 a 51 del archivo 009 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó solamente la fecha de nacimiento de la actora.
- Formuló como excepciones de fondo; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, 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, traslado de la totalidad de los aportes a OLD MUTUAL y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 23 de marzo de 2022 mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que fuera efectuado por la demandante MARTHA CECILIA PADILLA ROMERO identificada con cédula de ciudadanía No. 46.353.143 y que tuvo lugar el 29 de febrero de 1996, por la ante AFP Colmena hoy AFP Protección S.A., y la consecuente ineficacia del traslado horizontal que realizó la demandante a la AFP SKANDIA, con debido a la omisión del deber de información a la demandante.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, 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 todos los valores que correspondan a capital, intereses, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general todo valor que se haya recibido con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la demandante.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a que en relación con los tiempos en que estuvo afiliada la demandante a tal fondo de pensiones, así mismo traslade a COLPENSIONES los valores recibidos por concepto de gastos de administración y sumas de la aseguradora, esto conforme a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de decisión Laboral y con destino a COLPENSIONES.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros fruto de las condenas que anteceden y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, el cual se declara, como el único válido en favor de la parte demandante.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia al extremo demandado, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los montos de **UN (01) SMMLV** a cargo de cada una de las demandadas **AFP PROTECCIÓN S.A. Y AFP SKANDIA**, como valor de las agencias en derecho y en favor de la parte demandante, y el monto de **MEDIO (1/2) SMMLV** por el mismo concepto a cargo de COLPENSIONES y en favor de la parte actora.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.”

Llegó a esta determinación luego de analizar las diversas etapas del deber de información a cargo de las AFP a lo largo del tiempo, para así concluir que la actora no fue debidamente informada al momento del traslado de régimen realizado mediante la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. conforme a lo preceptuado por la SL CSJ en sus diversos pronunciamientos, ya que solo allegó el formulario de afiliación y afirmó en el interrogatorio de parte absuelto por su representante legal que no cuenta con otro medio para demostrar que si asesoró oportunamente a su

nueva afiliada en 1996, deber de información que tampoco cumplió SKANDIA al momento del traslado horizontal, simplemente se limitó a recibirla en su entidad pero no asesorarla debidamente. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en razón a los resultados del proceso y condenó en costas a las demandadas como se indicó en la parte resolutive.

Recurso de apelación

COLPENSIONES: No interpuso recurso.

SKANDIA: No se interpuso recurso.

PROTECCIÓN: Solicita que la decisión sea revocada teniendo en cuenta que de acuerdo al Art. 20 de la Ley 100 de 1993 se encuentran facultadas todas las AFP para realizar descuentos de acuerdo con los gastos que se generan por la administración de las cuentas de ahorro individual, así como descontar las sumas por el seguro previsional frente a los riesgos de invalidez y de sobrevivencia, por lo que se estaría desconociendo la naturaleza misma de estos regímenes, teniendo en cuenta que se generaron unos rendimientos financieros en una cuenta de ahorro individual diferentes a los rendimientos que se generan en el RPM, por lo que, cuando se trasladaron las sumas de la cuenta de ahorro individual de la actora a SKANDIA allí se trasladaron también los rendimientos generados por PROTECCIÓN, razón por la cual, si se desconoce dicha rentabilidad y se mantiene la decisión de devolver las sumas ordenadas, se genera una indemnización por perjuicios. Finalmente, indicó que esos valores descontados no financian la prestación pensional de la actora, por lo que tampoco procede su devolución y se les aplica el fenómeno prescriptivo.

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

Parte demandante: Indicó que la devolución de los gastos de administración es una consecuencia propia de la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo ha mencionado la jurisprudencia de la SL CSJ, declaratoria de ineficacia que no fue apelada, por lo que es procedente la devolución de dichas sumas.

Parte demandada.

COLPENSIONES: No se pronunció respecto a los puntos expuestos en el recurso de PROTECCIÓN, sino que solicitó la revocatoria de la decisión porque el traslado es válido, situación que no fue apelada, por lo que la Sala se abstiene de tener en cuenta lo manifestado.

SKANDIA: Guardó silencio.

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 orden de devolver lo concerniente a gastos de administración y cuotas de seguro previsional ordenada a PROTECCIÓN S.A.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 6 de septiembre de 2018 (Fls. 9 y 10 expediente físico y archivo 001) en la que solicitó su activación de la afiliación al RPM y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública (Fl. 11 expediente físico y archivo 001), 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 29 de febrero de 1996 cuando diligenció formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. conforme se denota de la documental vista a folio 47 del archivo 009 del expediente digital, luego, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA el 4 de julio de 2010 conforme se acredita con el formulario visto en el anexo 07 dentro del archivo 006 del expediente digital, afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Por cuanto no fue objeto de apelación dicho aspecto, la Sala no emitirá pronunciamiento y se remitirá a resolver el objeto de la alzada.

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 administración y cuotas de seguro previsional durante el tiempo que la actora permaneció afiliada a dicho fondo, es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual la AFP deberá transferir 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 administración y cuotas de seguro previsional, 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, sin que sea de recibo el argumento de que dichos descuentos son dispuestos por orden legal, ya que ello no invalida que proceda su devolución al declararse la ineficacia del traslado, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos del actor no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la actora ni mucho menos de Colpensiones, además, 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.”

Respecto al argumento de que se está constituyendo una indemnización por perjuicios al ordenar la devolución de dichos valores, es preciso indicar que dicha situación no se discutió en el curso del proceso, por lo que, como se indicó en precedencia, la devolución de las mencionadas sumas es una consecuencia propia de la declaratoria de ineficacia del traslado y, contrario a lo afirmado por la apoderada de PROTECCIÓN, dichos valores en el RPM si financiarán la posible prestación que le sea reconocida a la actora, por lo que la orden dictada por el A quo es acorde al criterio jurisprudencial de la SL CSJ.

Finalmente, en lo atinente a la prescripción de dichos valores, es preciso indicar que como son sumas que hacen parte de la construcción de un derecho pensional, el cual se deriva del derecho fundamental a la seguridad social, las mismas gozan de imprescriptibilidad, aspecto ratificado por la SL CSJ, razón por la cual, ni el término trienal dispuesto en las normas laborales ni ningún otro término aplicable por remisión normativa proceden en este tipo de casos.

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 recurrente **PROTECCIÓN S.A.** Fíjese el valor de un (1) SMLMV 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 Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de marzo de dos mil veintidós (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 la recurrente **PROTECCIÓN S.A.** Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho.

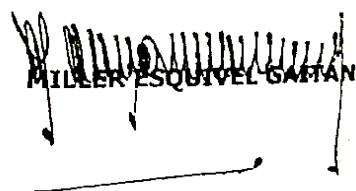
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GIOVANNY ALBERTO LIZCANO GARAVITO contra AFP PORVENIR Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2019 - 00431 01 Juz. 7.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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

GIOVANNY ALBERTO LIZCANO GARAVITO demandó a la AFP PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital archivo 01 fl. 6 y 7

PRINCIPALES

- Nulidad/ ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes, rendimientos y cotizaciones a Colpensiones.

- Se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

SUBSIDIARIAS

- Se condene a la AFP PORVENIR S.A. a reconocer una mesada pensional equivalente a la que hubiese recibido en COLPESNIONES
- Facultades ultra y extra petita
- Costas

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital fl. 8 a 10 Archivo 1. El demandante nació el 12 de enero de 1959 y cotizó al ISS 807 semanas. Se afilió al RAIS mediante AFP PORVENIR S.A. el 9 de diciembre de 1999 sin que al momento del traslado se le informaran 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 pensional, y no se hizo un estudio de la pensión probable teniendo en cuenta la historia laboral. El 26 de noviembre de 2018 solicitó a PORVENIR S.A. un estudio de su pensión y el 5 de diciembre de 2018 le informaron que la mesada pensional ascendería a la suma de \$2.564.000 mientras que en COLPENSIONES sería una suma de \$7.191.100. Que procedió a solicitar a COLPENSIONES el traslado y mediante comunicación de fecha 23 de febrero de 2019 fue rechazada su solicitud.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad, en auto de fecha 17 de julio de 2019 (fl.100 archivo 1) notificadas las demandadas y la

AGENCIA NACIONAL DE DEFEENSA JURÍDICA DEL ESTADO, y corrido el traslado respectivo, contestaron la demanda de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible a folios 120 a 184 del archivo 1 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, edad, las semanas cotizadas al RPM, la fecha del traslado, la fecha de la solicitud de nulidad del traslado y la respuesta negativa. Manifestó que no le constan los demás.
- Formuló como excepciones de mérito las de 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, innominada o genérica.

LA AFP PORVENIR S.A., contestó como consta en el archivo 1 folios 240 a 274 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, edad, la fecha del traslado, las semanas cotizadas y la solicitud de información de la mesada pensional. Negó o manifestó que no son ciertos los demás hechos.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 25 de agosto de 2021 en la cual dispuso declarar la ineficacia de la filiación y traslado realizado por el señor GIOVANNY ALBERTO LIZCANO GARAVITO con la AFP PORVENIR S.A.S el 9 de diciembre de 1999 con el formulario No. 01285028. Ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el actor, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM administrado por COLPENSIONES e incluir los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, los que deben ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados. Ordenó a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al RPM al demandante desde su afiliación inicial. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Recurso de apelación

DEMANDANTE: No interpuso recurso.

COLPENSIONES: Considera que no obró prueba alguna de existencia de algún vicio del consentimiento sea error, fuerza y dolo y que existe en una indebida interpretación el artículo 1604 del C.C. pues la declaratoria de nulidad de traslado es improcedente toda vez que se traslada la carga de la prueba solo a los fondos privados en donde no se da la obligación al demandado y afirma que el formulario de afiliación es válido y como existió ánimo de permanencia no existió ningún vicio del consentimiento. Que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal contemplada en la Ley 797/2003, ya que no se pueden realizar traslados al encontrarse en los últimos diez años para acceder a su pensión de vejez. La jurisprudencia de la CSJ habla del deber del buen consejo, pero los ciudadanos

también están obligados a ilustrarse sobre su situación pensional máxime cuando la información está en la ley y su desconocimiento no es excusa.

PORVENIR S.A: Señala que se debe hacer una valoración de la afiliación acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, máxime cuando quedó plenamente demostrado que la AFP cumplió con el deber de información con la suscripción del formulario de afiliación. Además, no se valoró la posición de afiliación libre y voluntaria, aceptando la administración de dichos valores y las reglas del régimen, por lo tanto, no es necesario la suscripción de otro documento diferente al formulario de afiliación, además de la permanencia en el régimen aun con conocimiento de su derecho de retracto, cabe agregar que su intención al interponer esta demanda se realizó bajo el argumento de mejor mesada pensional en Colpensiones. En el interrogatorio de parte el demandante confirmo que contó con varias oportunidades para conocer las características del régimen, en las cuales se señalaron características propias del RAIS que se le dieron a conocer en dicha oportunidad, por lo tanto, queda comprobado que el demandante recibió la debida información aun cuando no se realizara proyecciones o no se advirtieran las consecuencias, lo que no implica que se haya vulnerado el derecho de información. No existe coherencia al ordenar la devolución de los gastos de administración y rendimientos del acto jurídico que se declaró nulo.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Solicitó la confirmación de la decisión en razón a que conforme los criterios jurisprudenciales de la SL CSJ la AFP no cumplió con el deber de información al momento del traslado de régimen, por lo que, la declaratoria de ineficacia es procedente.

Parte demandada:

AFP PORVENIR S.A.: En resumen, reiteró los argumentos expuestos en la alzada.

COLPENSIONES: Reiteró los argumentos expuestos en la alzada y agregó que con la decisión de primera instancia se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones. Subsidiariamente solicitó que en caso de confirmación de la decisión de primera instancia se condicione el cumplimiento de la misma hasta tanto la AFP transfiera todas las sumas de la cuenta de ahorro individual del actor.

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 responsabilidad de Porvenir S.A. en el traslado y la devolución de los gastos de administración.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del derecho de petición radicado el 23 de febrero de 2019 (expediente digital, archivo 1, pag 80) y la respuesta dada por COLPENSIONES el 23 de febrero de 2019 (fl. 82), 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 actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 9 de

diciembre de 1999, cuando solicitó su vinculación a la Porvenir S.A. (expediente digital fl. 70 archivo 1).

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 parte actora diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir S.A., el 9 de diciembre del 1999 (fl. 70 archivo 1 expediente digital), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para

¹ **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.

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 el actor 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 Villegas² 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.

Respecto a la información suministrada al momento del traslado, el demandante en el interrogatorio de parte absuelto y que se observa en el archivo 23 del expediente digital, manifestó que a fines de 1999 el jefe de personal de la empresa donde trabajaba llamó todos los empleados indicando que tenían que trasladarse al fondo PORVENIR S.A. porque el ISS se acababa y que en ese fondo se les iban a dar

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)

² "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"

mejores beneficios por lo que los empleados incluyéndolo a él se trasladaron al fondo. Que el asesor les dijo que tenía mayores beneficios como que no había tramitología, sino que al cumplir la edad obtenía la pensión porque la AFP se encargaba de los trámites y la historia laboral en el ISS, que la atención sería diferente a la del ISS y tendría la seguridad de adquirir la pensión pues en el ISS no tenía certeza, lo que creyó pues su propio padre había tenido dificultades para el reconocimiento de la pensión. No le hablaron del monto, sino que en el 2018 cuando se acercó al fondo fue que se enteró de cuál sería el monto de la pensión. Que debido a su enfermedad y a una operación que debía realizarse quiso averiguar sobre su pensión y en ese momento le dijeron que su pensión sería inferior a los \$2.500.000 cuando para ese momento devengaba como salario \$9.000.000 y en ese momento conoció que debía trasladarse antes de los 10 años para cumplir el requisito de la edad, pero PORVENIR no le informó con anterioridad que podía regresar al ISS lo que le ocasionó un perjuicio, pues tiene diferentes enfermedades y en este momento sigue trabajando. Buscó asesoría para ver qué solución se le podía dar a su situación y por eso presenta la demanda. Aceptó haber hecho el traslado de manera libre y voluntaria, pero que no había chance de quedarse en el ISS por lo manifestado por la empresa; leyó el formulario, recibía los extractos y que lo que miraba era que la empresa hubiera efectuado los aportes. No fue al ISS a verificar la información, sino que tiempo después recibió la historia laboral y como le faltaban meses cotizados lo que hizo fue reclamar al ISS para la recuperación de esas cotizaciones. No asistieron otros asesores a la empresa solamente PORVENIR S.A., y no tenía conocimiento de cómo se obtendría la pensión en el RPM y solo cuando lo iban a operar fue que averiguó. No le indicaron que pasaría con los aportes de la cuenta, no le hizo preguntas y el asesor lo llamó fue para que hiciera aportes voluntarios con fines de tener beneficios tributarios los que hoy están en la cuenta porque no volvió a consignar.

De la anterior declaración se puede concluir que el actor no recibió mayor información respecto de los beneficios o desventajas del traslado de régimen y si

bien después lo llamó un asesor, no fue para darle la información correspondiente a la afiliación, sino para que hiciera aportes voluntarios y así obtener un beneficio tributario, por lo que contrario a lo indicado por las recurrentes no se acreditó por la AFP haber suministrado al momento del traslado la información necesaria para el actor tomara una decisión informada.

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 aunque al actora le faltaran 20 o más años para pensionarse; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el 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. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la

³ *"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.

existencia de algún vicio del consentimiento como se pretende en el recurso y en relación con la aplicación del Decreto 2241 de 2010 que cita COLPENSIONES respecto a la obligación del demandante de asesorarse, es de resaltar que dicha norma solo se expidió en el año 2010 mientras que la afiliación del actor al RAIS se dio en 1999.

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, por lo que 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

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”

Sin embargo, nada de lo anterior demostró el Fondo de Pensiones que asumió la afiliación efectuada por el demandante en el RAIS, ya que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado. Se reitera, que 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, lo que contrario a lo indicado por PORVENIR S.A. si era necesario que el demandante conociera al momento del traslado. 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, 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”.

En cuanto la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, que indica COLPENSIONES, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, trámite para el que sería necesario el cumplimiento de dicho requisito, sino que en el caso en estudio se trata de la ineficacia del traslado realizado por el actor al RAIS en 1999, 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.

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 de la 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 de la 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.

Ahora, en cuanto a que no existe coherencia al ordenar la devolución de los gastos de administración y rendimientos del acto jurídico que se declaró nulo, es de precisar que PORVENIR debe asumir la responsabilidad de no haber verificado la legitimidad del traslado, lo que generó la ineficacia del traslado de régimen.

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

COSTAS. - Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor del actor 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 7 de julio 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 las recurrentes. Fíjese la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/L (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

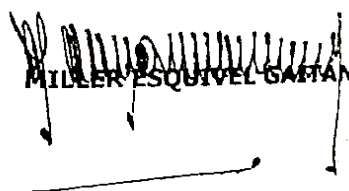
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 MARIO GERMÁN TAMAYO ÁLVAREZ
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Rad. 2019
– 00171- 01 Juz. 20.**

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

MARIO GERMÁN TAMAYO ÁLVAREZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 10 a 12 del archivo 1 del expediente digital.

- Se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al RAIS por omisión en la información por parte de la AFP
- Se ordene el traslado de todos los valores de los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES
- Se ordene a COLPENSIONES a recibir el monto producto de la cuenta de ahorro individual y se actualice la historia laboral del actor teniendo en cuenta la devolución de los aportes y se reactive la afiliación
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 5 a 10 (archivo 01). El demandante nació el 15 de marzo de 1959 y realizó aportes a la Caja de Previsión del Ministerio de Defensa Nacional desde el 8 de marzo de 1988. Se trasladó a la AFP COLFONDOS

en abril de 1994 sin haber recibido la información suficiente y necesaria respecto de las ventajas y desventajas del traslado de régimen, del funcionamiento del RAIS o sobre las modalidades pensionales, como tampoco de la imposibilidad de traslado de régimen cuando le faltaren menos de 10 años. Realizó posteriores cambios a las AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL sin que se le prestara la adecuada asesoría y que el 21 de diciembre de 2018 solicitó ante OLD MUTUAL la ineficacia del traslado con respuesta negativa y ante COLPENSIONES presentó la solicitud el 26 de diciembre de 2018.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad el 1º de abril de 2019 (fl. 57-81 archivo 1), notificadas las demandadas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo, las llamadas a juicio contestaron la demanda de la siguiente manera:

COLPENSIONES.- Contestó la demanda en los términos que se observan en el archivo 01 fl. 56.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento y edad del actor, la afiliación inicial al RPM y la reclamación administrativa. Manifestó que no le constan los demás.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción y la innominada.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.- dio respuesta en los términos del documento que obra en el archivo 1 fl. 106-117.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el traslado de régimen y la solicitud de ineficacia del traslado y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

Mediante auto de fecha 18 de julio de 2019 se dispuso la vinculación al proceso a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA

DE FONDOS DE PENSIONES Y CEANTÍAS PORVENIR S.A. (fl. 176 y 177) quienes una vez notificadas contestaron la demanda de la siguiente manera:

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. - (Archivo 04 fl. 3-9)

- Se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra.
- Aceptó los hechos relacionados con la edad del actor, afiliación al RAIS, la solicitud de ineficacia presentada y la respuesta negativa. Manifestó que no le constan los demás.
- No formuló excepciones.

PORVENIR S.A. contestó la demanda en los términos que se observan en el archivo 08. Fl. 4.

- 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.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 1º de marzo de 2022 (archivo 10-11) puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el señor MARIO GERMÁN TAMAYO a la AFP COLFONDOS el día 1º de abril de 1994 y como consecuencia de ello, los traslados horizontales. Declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Ordenó a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. y de llegar a tener recursos del demandante a las demás AFP a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado MARIO GERMAN TAMAYO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor y condenó en costas a las demandadas.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a jurisprudencia y las pruebas allegadas al expediente, el actor había cotizado inicialmente al RPM y que el traslado de régimen se efectuó sin la correspondiente información pues no bastaba con la firma del formulario de afiliación suscrito por el demandante ya que las AFP demandadas no demostraron haber cumplido con la carga de la prueba que les asistía de haber informado al demandante de manera completa y adecuada sobre las implicaciones del traslado de régimen para demostrar 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 del demandante al régimen de prima media con prestación definida, por lo que declaró la ineficacia del traslado y ordenó devolver a COLPENSIONES las cotizaciones junto con los rendimientos causados y a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral y a tener en cuenta la afiliación del demandante al régimen de prima media. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. No condenó en costas a COLFONDOS por cuanto no se opuso al proceso.

Recurso de Apelación

PORVENIR S.A.- Interpuso recurso de apelación para lo que argumentó que la sentencia afecta el principio de la confianza legítima porque la jurisprudencia resalta el valor probatorio del formulario de afiliación lo que no se tuvo en cuenta en la providencia cuando se obliga a la AFP a que se presente pruebas que no existen respecto a la información suministrada, lo que se probaba con el formulario. Que el efecto de la ineficacia no puede ser de retrotraer las cosas al estado inicial porque se incumple de principio de inescindibilidad de las normas. En cuanto a la condena en costas solicita que se le absuelva.

COLPENSIONES.- Solicita se revoque la decisión teniendo en cuenta que se esta afectando la sostenibilidad financiera del sistema y va en contra de la ley porque al actor le faltan menos de 10 años para pensionarse y respecto a la falta de información sostiene que las normas son de obligatorio cumplimiento y no se puede aceptar su desconocimiento para infringirlas ya que las AFP hicieron los traslados conforme a los requisitos existentes para la época y que en el RAIS no se puede proyectar la mesada pensional por ser variable en el tiempo. En cuanto a las costas, manifiesta que los dineros que maneja COLPENSIONES son para el pago de mesadas y no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen por lo que es un perjuicio que se causa a la entidad. En caso de no acceder a la apelación se ordene la

devolución de los gastos de administración y seguros previsionales en favor de COLPENSIONES.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Indicó que no hay razón para no declarar la nulidad de traslado, ya que el precedente jurisprudencial de la SL CSJ es aplicable al caso particular y, por cuanto el fondo privado no informó en debida forma al actor, procede dicha declaratoria. Respecto de la sostenibilidad financiera del Sistema General de pensiones argumentó que con el bono pensional que retorna al RPM y todo el capital, rendimientos y sumas descontadas por gastos de administración acumulados en la cuenta de ahorro individual que serán trasladados a COLPENSIONES son sumas suficientes para cubrir una posible prestación de vejez, por lo que pidió se confirme la decisión.

Parte demandada:

PORVENIR: En síntesis indicó que el traslado fue plenamente válido, que no se acreditaron vicios del consentimiento, además que la permanencia prolongada en el RAIS acredita que la voluntad del actor era permanecer afiliado al fondo privado y aseveró que la declaratoria de ineficacia no debe darse de forma automática sino que debe analizarse cada caso en concreto.

COLFONDOS S.A.: Guardó silencio.

SKANDIA S.A.: Se limitó a indicar que se confirme la decisión de instancia en lo que atañe a dicha entidad.

COLPENSIONES: En resumen, reiteró los argumentos expuestos en su 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 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 restitución en favor de

COLPENSIONES de las sumas correspondientes a gastos de administración y seguro previsional asó como respecto de las condena en costas.

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 afiliado al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación inicial a CITY COLFONDOS el 1 de junio de 1994 (fl. 82 archivo 01) además de traslados horizontales, 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, entre otros aspectos. Al respecto, si bien el 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 1994¹, norma que para

¹ **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;

aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala y conforme a la jurisprudencia, 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 Villegas² 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, por lo que no son de recibo los argumentos planteados en el recurso por parte de PORVENIR S.A.

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

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)

² *"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"*

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, 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 (SL3034-2021³, SL3035-2021), a las que les corresponde demostrar que le informaron al afiliado 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 jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, 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 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 es claro que el asesor no le explicó 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 él si el asesor le hubiera suministrado una información clara y suficiente.

³ "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"

⁴ "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"

Una vez verificada la declaración rendida por el actor 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, contrario a lo manifestado por COLPENSIONES, si es posible efectuar actuariando el mismo IBC; tampoco se le informó 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.

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 Calderón⁵, 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.

Respecto a que el actor se encuentra dentro de la prohibición del traslado de régimen por cuanto le faltan menos de 10 años para pensionarse, ha de resaltarse que no se trata de un traslado de régimen como lo hace ver COLPENSIONES, sino de la

⁵ " 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).

ineficacia de la afiliación que el actor realizó al RAIS, razón por la que las cosas deben volver a su estado original, esto es a la validez de la afiliación primigenia realizada en su caso al RPM.

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

Respecto a esta condena que solicita COLPENSIONES en este caso, 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 y seguros previsionales.

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 recibieron con motivo de la afiliación del actor y asumir las mermas que sufrió el capital del afiliado, por lo que le asiste razón a la recurrente y en consecuencia se adiciona el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en cuanto a ordenar a las APF demandadas a devolver de su propio patrimonio los descuentos realizados al afiliado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales.

En cuanto a las costas del proceso, aspecto sobre el que apelaron dos de las demandadas, 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 las recurrente resultaron vencidas en el proceso, no se allanaron a la demanda y por contrario se opusieron a las pretensiones de la parte actora, razón por la cual procede la condena en costas.

Conforme a las consideraciones anteriores se **MODIFICA** el ordinal tercero de la decisión de primera instancia.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cargo de PORVENIR y \$500.000 a cargo de COLPENSIONES ante 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 el primero (1º) de marzo de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Veinte (20) del Circuito de Bogotá, respecto a incluir dentro de los conceptos y valores a devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración y seguros previsionales, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en los demás la sentencia recurrida.

TERCERO. -Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a PORVENIR S.A. y \$500.000 a cargo de COLPENSIONES.

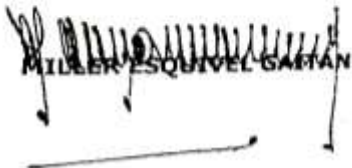
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 MARIO GERMÁN TAMAYO ÁLVAREZ
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Rad. 2019
– 00171- 01 Juz. 20.**

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

MARIO GERMÁN TAMAYO ÁLVAREZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 10 a 12 del archivo 1 del expediente digital.

- Se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al RAIS por omisión en la información por parte de la AFP
- Se ordene el traslado de todos los valores de los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES
- Se ordene a COLPENSIONES a recibir el monto producto de la cuenta de ahorro individual y se actualice la historia laboral del actor teniendo en cuenta la devolución de los aportes y se reactive la afiliación
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 5 a 10 (archivo 01). El demandante nació el 15 de marzo de 1959 y realizó aportes a la Caja de Previsión del Ministerio de Defensa Nacional desde el 8 de marzo de 1988. Se trasladó a la AFP COLFONDOS

en abril de 1994 sin haber recibido la información suficiente y necesaria respecto de las ventajas y desventajas del traslado de régimen, del funcionamiento del RAIS o sobre las modalidades pensionales, como tampoco de la imposibilidad de traslado de régimen cuando le faltaren menos de 10 años. Realizó posteriores cambios a las AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL sin que se le prestara la adecuada asesoría y que el 21 de diciembre de 2018 solicitó ante OLD MUTUAL la ineficacia del traslado con respuesta negativa y ante COLPENSIONES presentó la solicitud el 26 de diciembre de 2018.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad el 1º de abril de 2019 (fl. 57-81 archivo 1), notificadas las demandadas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo, las llamadas a juicio contestaron la demanda de la siguiente manera:

COLPENSIONES.- Contestó la demanda en los términos que se observan en el archivo 01 fl. 56.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento y edad del actor, la afiliación inicial al RPM y la reclamación administrativa. Manifestó que no le constan los demás.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción y la innominada.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.- dio respuesta en los términos del documento que obra en el archivo 1 fl. 106-117.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el traslado de régimen y la solicitud de ineficacia del traslado y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

Mediante auto de fecha 18 de julio de 2019 se dispuso la vinculación al proceso a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA

DE FONDOS DE PENSIONES Y CEANTÍAS PORVENIR S.A. (fl. 176 y 177) quienes una vez notificadas contestaron la demanda de la siguiente manera:

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. - (Archivo 04 fl. 3-9)

- Se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra.
- Aceptó los hechos relacionados con la edad del actor, afiliación al RAIS, la solicitud de ineficacia presentada y la respuesta negativa. Manifestó que no le constan los demás.
- No formuló excepciones.

PORVENIR S.A. contestó la demanda en los términos que se observan en el archivo 08. Fl. 4.

- 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.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 1º de marzo de 2022 (archivo 10-11) puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el señor MARIO GERMÁN TAMAYO a la AFP COLFONDOS el día 1º de abril de 1994 y como consecuencia de ello, los traslados horizontales. Declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Ordenó a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. y de llegar a tener recursos del demandante a las demás AFP a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado MARIO GERMAN TAMAYO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor y condenó en costas a las demandadas.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a jurisprudencia y las pruebas allegadas al expediente, el actor había cotizado inicialmente al RPM y que el traslado de régimen se efectuó sin la correspondiente información pues no bastaba con la firma del formulario de afiliación suscrito por el demandante ya que las AFP demandadas no demostraron haber cumplido con la carga de la prueba que les asistía de haber informado al demandante de manera completa y adecuada sobre las implicaciones del traslado de régimen para demostrar 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 del demandante al régimen de prima media con prestación definida, por lo que declaró la ineficacia del traslado y ordenó devolver a COLPENSIONES las cotizaciones junto con los rendimientos causados y a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral y a tener en cuenta la afiliación del demandante al régimen de prima media. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. No condenó en costas a COLFONDOS por cuanto no se opuso al proceso.

Recurso de Apelación

PORVENIR S.A.- Interpuso recurso de apelación para lo que argumentó que la sentencia afecta el principio de la confianza legítima porque la jurisprudencia resalta el valor probatorio del formulario de afiliación lo que no se tuvo en cuenta en la providencia cuando se obliga a la AFP a que se presente pruebas que no existen respecto a la información suministrada, lo que se probaba con el formulario. Que el efecto de la ineficacia no puede ser de retrotraer las cosas al estado inicial porque se incumple de principio de inescindibilidad de las normas. En cuanto a la condena en costas solicita que se le absuelva.

COLPENSIONES.- Solicita se revoque la decisión teniendo en cuenta que se esta afectando la sostenibilidad financiera del sistema y va en contra de la ley porque al actor le faltan menos de 10 años para pensionarse y respecto a la falta de información sostiene que las normas son de obligatorio cumplimiento y no se puede aceptar su desconocimiento para infringirlas ya que las AFP hicieron los traslados conforme a los requisitos existentes para la época y que en el RAIS no se puede proyectar la mesada pensional por ser variable en el tiempo. En cuanto a las costas, manifiesta que los dineros que maneja COLPENSIONES son para el pago de mesadas y no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen por lo que es un perjuicio que se causa a la entidad. En caso de no acceder a la apelación se ordene la

devolución de los gastos de administración y seguros previsionales en favor de COLPENSIONES.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Indicó que no hay razón para no declarar la nulidad de traslado, ya que el precedente jurisprudencial de la SL CSJ es aplicable al caso particular y, por cuanto el fondo privado no informó en debida forma al actor, procede dicha declaratoria. Respecto de la sostenibilidad financiera del Sistema General de pensiones argumentó que con el bono pensional que retorna al RPM y todo el capital, rendimientos y sumas descontadas por gastos de administración acumulados en la cuenta de ahorro individual que serán trasladados a COLPENSIONES son sumas suficientes para cubrir una posible prestación de vejez, por lo que pidió se confirme la decisión.

Parte demandada:

PORVENIR: En síntesis indicó que el traslado fue plenamente válido, que no se acreditaron vicios del consentimiento, además que la permanencia prolongada en el RAIS acredita que la voluntad del actor era permanecer afiliado al fondo privado y aseveró que la declaratoria de ineficacia no debe darse de forma automática sino que debe analizarse cada caso en concreto.

COLFONDOS S.A.: Guardó silencio.

SKANDIA S.A.: Se limitó a indicar que se confirme la decisión de instancia en lo que atañe a dicha entidad.

COLPENSIONES: En resumen, reiteró los argumentos expuestos en su 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 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 restitución en favor de

COLPENSIONES de las sumas correspondientes a gastos de administración y seguro previsional asó como respecto de las condena en costas.

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 afiliado al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación inicial a CITY COLFONDOS el 1 de junio de 1994 (fl. 82 archivo 01) además de traslados horizontales, 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, entre otros aspectos. Al respecto, si bien el 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 1994¹, norma que para

¹ **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;

aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala y conforme a la jurisprudencia, 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 Villegas² 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, por lo que no son de recibo los argumentos planteados en el recurso por parte de PORVENIR S.A.

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

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)

² *"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"*

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, 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 (SL3034-2021³, SL3035-2021), a las que les corresponde demostrar que le informaron al afiliado 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 jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, 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 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 es claro que el asesor no le explicó 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 él si el asesor le hubiera suministrado una información clara y suficiente.

³ "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"

⁴ "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"

Una vez verificada la declaración rendida por el actor 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, contrario a lo manifestado por COLPENSIONES, si es posible efectuar actuariando el mismo IBC; tampoco se le informó 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.

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 Calderón⁵, 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.

Respecto a que el actor se encuentra dentro de la prohibición del traslado de régimen por cuanto le faltan menos de 10 años para pensionarse, ha de resaltarse que no se trata de un traslado de régimen como lo hace ver COLPENSIONES, sino de la

⁵ " 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).

ineficacia de la afiliación que el actor realizó al RAIS, razón por la que las cosas deben volver a su estado original, esto es a la validez de la afiliación primigenia realizada en su caso al RPM.

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

Respecto a esta condena que solicita COLPENSIONES en este caso, 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 y seguros previsionales.

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 recibieron con motivo de la afiliación del actor y asumir las mermas que sufrió el capital del afiliado, por lo que le asiste razón a la recurrente y en consecuencia se adiciona el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en cuanto a ordenar a las APF demandadas a devolver de su propio patrimonio los descuentos realizados al afiliado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales.

En cuanto a las costas del proceso, aspecto sobre el que apelaron dos de las demandadas, 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 las recurrente resultaron vencidas en el proceso, no se allanaron a la demanda y por contrario se opusieron a las pretensiones de la parte actora, razón por la cual procede la condena en costas.

Conforme a las consideraciones anteriores se **MODIFICA** el ordinal tercero de la decisión de primera instancia.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cargo de PORVENIR y \$500.000 a cargo de COLPENSIONES ante 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 el primero (1º) de marzo de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Veinte (20) del Circuito de Bogotá, respecto a incluir dentro de los conceptos y valores a devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración y seguros previsionales, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en los demás la sentencia recurrida.

TERCERO. -Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a PORVENIR S.A. y \$500.000 a cargo de COLPENSIONES.

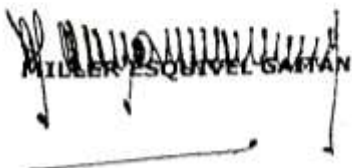
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 CARLOS ALBERTO ACERO CASTRO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. Rad. 2020 – 00432 01 Juz. 21.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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

CARLOS ALBERTO ACERO CASTRO 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 9 del archivo 01 del expediente digital.

- Nulidad e ineficacia del traslado efectuado a la AFP PORVENIR S.A.
- Traslado de la afiliación al RPM
- Traslado de los aportes con sus rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 9 del archivo 01 del expediente digital. El demandante se afilío a régimen de prima media a partir de febrero de 1987 y debido a la publicidad generada por los fondos privados se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 17 de febrero de 1999 sin haber recibido información completa, veraz y adecuada sobre las consecuencias negativas del traslado de régimen y de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado por lo que dicho traslado se

torna ineficaz. El actor solicitó a la AFP PORVENIR S.A. copia de los documentos entregados previo al traslado de régimen sin que la demandada entregara documento alguno. Igualmente, solicitó la anulación del traslado con respuesta negativa. Solicitó a COLPENSIONES la anulación del traslado y otras peticiones lo que fue resuelto de forma negativa. De acuerdo con la proyección que le realizaron le correspondería al actor en el RAIS una mesada pensional de \$1.179.508 mientras que en COLPENSIONES sería la suma de \$5.275.660

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad el 5 de abril de 2021 (archivo 04), 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 1 a 446 del archivo 8 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la afiliación inicial a COLPENSIONES y la reclamación presentada ante la entidad respecto a la anulación de traslado y otras peticiones, así como la respuesta negativa. 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 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 la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda en los términos del escrito que obra en el archivo 11 del expediente digital.

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

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de mayo de 2022 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor CARLOS ALBERTO ACERO CASTRO al régimen de ahorro individual el 17 de febrero de 1999, con fecha de efectividad a partir del 1 de abril del mismo año por intermedio de PORVENIR S.A. Declaró como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES. Condenó a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados a la garantía de pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades sin deducción alguna, en el término de un (1) mes. Al momento de cumplir esta orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó al pago de las costas del proceso a la AFP PORVENIR S.A.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a la jurisprudencia era necesario verificar si se había suministrado por parte del Fondo la información al momento de la afiliación, deber y responsabilidad que correspondía a la AFP y conforme al interrogatorio absuelto por la parte demandante se establecía que éste desconocía las desventajas del traslado de régimen, pues solo le informaron algunas ventajas del traslado y se omitió información respecto de las desventajas del cambio de régimen, por lo que la suscripción del formulario no acreditaba un consentimiento informado. Consideró que el demandante tuvo una información general y que había muchas características del régimen que desconocía y respecto a los comunicados de prensa, señaló que en estos no se indicaron las características de los regímenes por lo que no podía el actor conocer la conveniencia o inconveniencia del traslado que

había realizado y por ello procedía la ineficacia del traslado y la devolución de los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos sin deducción alguna dentro del término de un mes, junto con el reintegro de los gastos de administración. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROVENIR S.A.

Recurso de Apelación

Demandante: No interpuso recurso.

Demandadas:

PORVENIR S.A. - Argumentó que no se valoró la prueba documental conforme a la cual está demostrado que el actor suscribió el formulario de afiliación conforme a la norma vigente para ese momento, lo que debió tenerse en cuenta. Que en el año 2004 se publicó en los periódicos la posibilidad de retracto para que el afiliado se trasladara de régimen y que el actor no hizo uso de ello. Respecto a los gastos de administración señaló que el régimen destina estos dineros para los gastos debidamente autorizado por la norma y que ellos no hacen parte de los dineros con los que se financia la pensión de vejez y para el año 2000 en que se vinculó al demandante no era la demandada quien recibió dichos dineros sino que el 26 de diciembre de 2013 se perfeccionó una fusión entre HORIZONTE y PORVENIR quien adquirió unos derecho y se hizo cargo de un pasivo interno, pero que conforme al artículo 83 del C.CO. no pudo recibir ni como activo o pasivo los gastos de administración; razones por las que considera debe revocarse la sentencia.

COLPENSIONES. - Manifestó que el demandante conocía las características del RAIS y si bien tuvo algunas equivocaciones respecto a los requisitos, se debía tener en cuenta que conocía requisitos de edad, tiempo y semanas cotizadas para adquirir la pensión y que la información que se le suministró fue la que conllevó a su traslado, por lo que respecto a la inversión de la carga de la prueba, el actor tenía que desvirtuar que sí se le había suministrado la información. En cuanto al principio de sostenibilidad financiera indicó que COLPENSIONES se ve afectada por el traslado del actor, porque las cotizaciones que se devuelven ingresan a un fondo común y por ello se presenta una descapitalización del sistema. Que la demanda se generó porque la pensión sería reconocida con un valor inferior a que él esperaba y lo que

pretende es el reconocimiento de una pensión de vejez con el valor que indica en la demanda.

Alegatos ante este Tribunal (Art. 13. Ley 2213 de 2022)

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada:

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

COLPENSIONES: Expuso que el demandante está inmerso en la prohibición de la Ley 797/2003, que no se acreditaron vicios del consentimiento al momento del traslado, que la carga de la prueba también recaía en el demandante y no la cumplió, que no se demostró que el fondo privado haya faltado al deber de información y, que con la declaratoria de ineficacia se genera una descapitalización del sistema general de pensiones, por lo que debe revocarse 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 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 folio 102 del archivo 01 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES el 16 de septiembre de 2020 respecto al traslado de régimen, donde se especifica que dicha solicitud se motiva en la falta de información por parte de la AFP y la respuesta negativa dada por COLPENSIONES al día siguiente (fl. 103), 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 cuanto suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A. el 17 de febrero de 1999, tal como se denota del formulario de afiliación que reposa a folio 77 del archivo 01, y posteriormente a HORIZONTE el 28 de agosto de 2000 (fl. 89 archivo 11) entidad que por fusión es actualmente PORVENIR 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 en los hechos de la demanda alega que se debe declarar nulo o ineficaz 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 el demandante diligenció una solicitud de vinculación al RAIS y posteriormente realizó un traslado a HORIZONTE en el año 2000 quien actualmente y por fusión de las empresas es PORVENIR S.A. entidad a la que se había afiliado en 1999, con lo cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel

¹ **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.

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. Eduardo López Villegas² 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 el 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, contrario a lo que afirma COLPENSIONES en su recurso, se generó un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad

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.

Quiénes 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)

² *"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"*

demandada (SL3034-2021³, 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. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento y cuya carga correspondía a la AFP demandada.

El demandante manifestó en el interrogatorio que un asesor fue a la oficina donde trabajaban y les ofrecieron de manera general el traslado del fondo diciendo que el monto de la pensión sería mejor que en el fondo donde estaba afiliado y era heredable a sus familiares, por lo que le pareció atractivo el traslado, sin recibir más información. Manifestó no conocer que su pensión dependía de un capital y no de las semanas de cotización, ni conocer sobre el bono pensional, aportes voluntarios o de la pensión anticipada; cree que la edad para pensionarse en esa época era de 62 años y que las condiciones serían más o menos iguales. La nómina se pagaba a través de BBVA que era la misma entidad a la que pertenecía el fondo de pensiones en ese momento. Respecto del formulario que firmó dijo que no contenía ninguna información sobre la pensión y que no le informaron que contaba con un término para trasladarse, no le informaron cómo se liquidaba la pensión ni conoce de la

³ "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"

⁴ "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"

garantía de la pensión mínima. Desconocía que le hacían cobros y solo hasta ahora sabe que tenía cobros adicionales, y que hay modalidades diferentes de pensión. Dijo que cuando cumplió los 62 años fue a PORVENIR S.A. para tramitar su pensión y le dijeron que debía reconstruir la historia laboral y que la mesada sería de \$900.000, lo que no esperaba y por ello buscó asesoría porque con ese dinero no podía cumplir con sus obligaciones.

De lo anterior no se puede concluir que se hubiera suministrado al demandante una información clara, concreta para su caso en particular y suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, en la cual quedarán claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación que suscribió con las AFP, pues lo que se observa es una confusión en los conocimientos que tiene de los requisitos para pensionarse tanto del RAIS como del RPM, lo que incluso es aceptado por COLPENSIONES al interponer el recurso cuando indica que existen “equivocaciones”, y ello permite concluir que no se le dio una información real y concreta; además de que no se le indicó la posibilidad que tenía de volver al RPM ni la edad hasta la cual tenía esta opción, no le indicaron cuáles eran los aportes que debía realizar y el capital que necesitaría ahorrar para obtener la pensión. Por otro lado, en relación con la pensión heredable que fue que se le informó, tampoco se le indicó en qué términos sería procedente, por lo que con una información general y confusa de las características del RAIS y sin conocer cuáles eran las opciones para su caso en particular, a fin de establecer cuál era la mejor, suscribió el formulario de afiliación, lo que demuestra que la información suministrada no fue clara para su caso y por tanto tampoco suficiente.

Así las cosas, 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 haber expuesto 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 actuariando el mismo IBC. 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 por el traslado horizontal.

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 Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, 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 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 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 vinculado antes de la afiliación al RAIS, por lo que procede la declaratoria de la ineficacia del traslado y la devolución a COLPENSIONES de los aportes con sus rendimientos y las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional.

⁵ “ 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).

Al respecto, 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 parte 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 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 y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público, como se indica en la sentencia SL2877-2020:

"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 sentencia del 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."

En cuanto a que por la fusión no debe la AFP demandada restituir los gastos de administración pues no los recibió ni como activos ni como pasivos, es necesario hacer mención a que el artículo 172 del Código de Comercio que señala que "Habrà fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva. La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.", por lo que le corresponde a la AFP PORVENIR S.A. asumir las obligaciones a que fue condenada pues asumió las obligaciones de HORIZONTE S.A.

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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. 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 once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Veintiuno 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 las recurrente **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una de ellas.

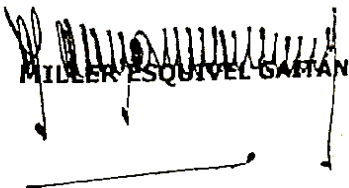
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAVIER MANUEL GONZÁLEZ ANGULO
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2021 – 00322 01 Juz. 22.**

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

JAVIER MANUEL GONZÁLEZ ANGULO 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 6 y 7 del archivo 001 del expediente digital.

- Ineficacia de la afiliación al RAIS.
- Traslado de aportes.
- Ordenar a PORVENIR a seguir pagando una posible pensión hasta que se trasladen los aportes al RPM.
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 a 5 del archivo 001 del expediente digital. Se afilió el 21 de mayo de 1981 al ISS, allí permaneció hasta el 4 de mayo de 2004, momento en el que se afilió al RAIS administrado por PORVENIR, sin embargo, el asesor de dicho fondo solo diligenció el formulario preestablecido, pero, no brindó ningún tipo de asesoría respecto de las condiciones particulares del RAIS,

las posibles consecuencias de trasladarse de régimen, entre otra información relevante que le hubiera permitido tomar una decisión consciente y favorable a sus necesidades. Solicitó ante PORVENIR que le dieran copia de los documentos que soportaron su afiliación, sin embargo, el fondo privado no se los remitió; por otro lado, solicitó a COLPENSIONES la anulación de su afiliación, petición negada por dicha entidad, misma respuesta que recibió de PORVENIR al momento de solicitar la anulación ante dicho fondo. Conforme la historia laboral del actor, efectuó una proyección pensional, la cual arrojó un resultado abiertamente favorable respecto a la cuantía de la mesada pensional en el RPM.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad el 30 de julio de dos mil veintiuno (2021) (archivo 004), notificada la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y 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 3 a 42 del archivo 06 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de afiliación al ISS, la solicitud de anulación de la afiliación, la respuesta negativa y que no se ha realizado anulación de la afiliación al RAIS.
- Formuló como excepciones de mérito las de 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.** En los términos del escrito visible a folios 2 a 38 del archivo 008 del expediente digital.

- Se opuso a todas las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.

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

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de enero 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 PORVENIR el 4 de mayo de 2004, por lo que declaró para todos los efectos legales que nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM. Ordenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con los rendimientos, bonos pensionales, porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima y lo condenó a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional debidamente indexados. Declaró que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se hayan causado al asumir la obligación pensional del demandante, le ordenó recibir los dineros provenientes del fondo privado y realizar los ajustes a la historia pensional. 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 del interrogatorio de parte absuelto por el actor, el fondo privado no demostró haber cumplido con la carga que le asistía de informar al señor GONZÁLEZ ANGULO de manera completa y adecuada, por lo que con la simple suscripción del documento no es suficiente prueba para acreditar que se haya cumplido con el deber de información.

Del interrogatorio de parte indicó que no se puede extraer confesión alguna, ya que indicó que solo le dijeron que tendría una pensión mejor en el fondo privado; que el ISS se iba a acabar y que quien le entregó el formulario fue su empleador, por lo que, al no haberle brindado información suficiente y oportuna de todas las características y condiciones del RAIS, las consecuencias que conllevaría su traslado y demás información relevante, se demostró la falta de PORVENIR al deber de información que le correspondía.

Dijo que no puede entenderse que la falta cometida por el fondo privado se haya subsanado por la permanencia en el tiempo en el RAIS o los posibles traslados horizontales porque, dicha situación, tal como lo ha dicho la SL CSJ no sana la situación ocurrida al momento del traslado.

Indicó que se garantiza la sostenibilidad financiera del sistema general de pensional con los aportes y rendimientos que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor, por lo que no aceptó dicho argumento esgrimido por COLPENSIONES al momento de sustentar sus alegatos y no procede la prescripción respecto al asunto, por cuanto se discute una situación derivada del derecho a la seguridad social, el cual es imprescriptible e irrenunciable.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: Argumentó que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de la Ley 797/2003, la cual no vulnera ningún posible derecho pensional que obtenga en cualquiera de los dos regímenes, por lo que dicha interpretación por parte del A quo es errada.

Se apartó de la jurisprudencia de la SL CSJ porque consideró que el verdadero motivo o inconformidad del demandante es la mesada pensional en el RAIS, por lo que declarar una ineficacia por una falta al deber de información inexistente es hacer incurrir en error a los jueces de la República, consideró que solo con los simples argumentos expuestos por el demandante sin tener la obligación de demostrar nada generan procesos genéricos que se encargan de descalabrar jurídica y financieramente a la entidad pública y aprovecharse de una supuesta posición de debilidad dentro del ordenamiento jurídico.

PORVENIR: Solicitó la revocatoria de la decisión por cuanto el A quo no tuvo en cuenta el principio de congruencia por cuanto adujo que los hechos de la demanda y la decisión final deben tener coherencia, formuló el interrogante de cómo se le iba a brindar una información al afiliado si el formulario quien se lo allegó al actor fue su propio empleador y no intervino ningún asesor del fondo privado, entonces, consideró que no puede aplicarse la jurisprudencia de la SL CSJ respecto a la falta del deber de información del asesor del fondo cuando acá no hubo mediación de dicho asesor.

De otro lado, aseveró que el actor no mencionó que le hayan dicho que obtendría una mejor pensión o que el ISS se iba a acabar y dicha información en este momento es irrelevante, por lo que, indicó que el A quo no se encuentra facultado para endilgar responsabilidades, porque quien debía responder por la situación acontecida era el empleador del actor.

Sobre las condenas a la devolución de los gastos de administración dijo que, si procede la prescripción sobre ellos, al ser descontados en virtud de un negocio mercantil, por lo que, se encuentran prescritos.

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

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada:

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

COLPENSIONES: Reiteró los argumentos indicados 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 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.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 82 del archivo 001 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES radicada el 10 de septiembre de 2020 y la consecuente respuesta

negativa del fondo público, visible a folio 83 del archivo 001, 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 PORVENIR S.A. el 4 de mayo de 2004, tal como se denota del formulario de afiliación que reposa a folio 69 del archivo 001, 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 4 de mayo de 2004, diligenció una solicitud de vinculación a PORVENIR S.A. (Fl. 69 ARCHIVO 001), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las

¹ **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

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 Villegas² 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, contrario a lo que afirma COLPENSIONES, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, 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

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)

² "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"

³ "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. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

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, y conforme al interrogatorio de parte absuelto por el actor, 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, contrario a lo que afirma el apoderado de PORVENIR, para la Sala es inadmisble el argumento de que la carga de informar debidamente al afiliado, en este caso, recae sobre el empleador y no sobre el fondo, por el hecho de que quien entregó el formulario fue el primero de ellos; al contrario, lo que demuestra es una falta total de información por parte del fondo privado, al cual le correspondía suministrarla y no a su empleador, pues conforme lo indicó el mismo apoderado, el fondo maneja los ahorros de la vida laboral del demandante como un negocio mercantil, sin tener en cuenta que el afiliado desconociera las características y condiciones para pertenecer al RAIS y las posibilidades reales de obtener un beneficio pensional, por lo tanto, resulta inadmisble y no menos absurdo el intento de PORVENIR de sustraerse de cualquier responsabilidad de informar adecuada y oportunamente a sus afiliados de las implicaciones del traslado de régimen; obligación que como se dijo en precedencia, SIEMPRE ha existido.

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

⁴ "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"

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, 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. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, 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 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 a la posible vulneración del principio de congruencia, señalado por el apoderado de PORVENIR, por cuanto, a su criterio, quien debía brindarle la

⁵ “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).

información al afiliado era el empleador por haberle entregado el formulario de afiliación, es menester reiterar que el deber de información recae en el fondo privado de pensiones, el cual, está en la obligación de asesorar y orientar al afiliado al momento en que tome la decisión de trasladarse de régimen o de realizar una afiliación inicial a cualquiera de los dos regímenes; por lo que, era su deber al momento de enterarse de la suscripción del formulario del actor, asesorarlo por intermedio de una persona idónea y capacitada que representara a su entidad a fin de que el actor decidiera libremente y de manera consciente afiliarse o, por el contrario, decidiera continuar en el RPM, por lo que, no era el mecanismo adecuado entregar o facilitar a los empleadores los formularios de afiliación, ya que los empleadores no están facultados para efectuar afiliaciones por lo que el Fondo incumplió con su deber legal, que como se reitera, recae en el fondo de pensiones, por lo tanto, encuentra la Sala que el principio de congruencia no se encuentra vulnerado sino que, al contrario, se encuentra conforme a la valoración probatoria.

Orden de devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y 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 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 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 corresponde 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 integral y que, es irrenunciable, innegociable e

imprescriptible, por lo tanto, el argumento de PORVENIR respecto de aplicar la prescripción respecto de dichas sumas por considerar que son derivadas de un negocio mercantil, carece de validez dada la naturaleza de los dineros, ya antes reseñada.

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, se reitera, 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 ni mucho menos del afiliado, quien se vio perjudicado por el actuar totalmente negligente del fondo privado.

"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 **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 veinticuatro (24) de enero de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Veintidós 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. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

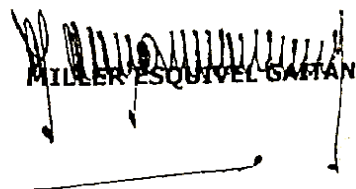
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA CRISTINA GUTIÉRREZ ÁNGEL
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. Rad. 2019 00702
01. JUZ 26.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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 CRISTINA GUTIÉRREZ ÁNGEL demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **AFP PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 7 del expediente.

- Se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado por la señora MARÍA CRISTINA GUTIÉRREZ ÁNGEL del RAIS al RPM
- Se ordene a PROVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora, el bono pensional y las demás sumas recaudadas desde la vinculación hasta la fecha en que realice el traslado
- Se ordene a COLPENSIONES a recibir el traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante existentes en PORVENIR S.A.
- En caso de existir una diferencia se otorgue a la demandante la oportunidad de un término prudencial para que cancele la diferencia
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 7 del expediente. Que la demandante nació el 20 de enero de 1964 y estuvo afiliada al ISS desde octubre de 1985 a noviembre de 1994. Posteriormente se traslado al Fondo de Pensiones y Cesantías COLMENA y a PROTECCIÓN S.A. entre 1994 y 1999 por imposición de sus empleadores. Realizó nuevamente traslados entre el RPM administrado por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. entre marzo de 1999 y octubre de 2000. En el mes de febrero de 2001 se afilió a PORVENIR S.A. donde ha estado afiliada desde entonces.

La demandante cotizó al RPM durante 9 años para un total de 450 semanas y al RAIS 1100 semanas, sin que en ninguno de los traslados se hubiera suministrado información clara sobre las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen. El 29 de septiembre de 2017 la demandante radicó ante COLPENSIONES solicitud de traslado de régimen y el 7 de octubre del mismo año recibió respuesta respecto a que no cumplía los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Igualmente, PORVENIR mediante comunicación del 3 de noviembre de 2017 le indicó que no cumplía con las 750 semanas al 1º de abril de 1994 para el traslado de régimen.

Actuación Procesal

El juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad, mediante auto del 9 de diciembre de 2019 aceptó el impedimento formulado por el Juez Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá y avocó el conocimiento del proceso e inadmitió la demanda. (fl.99 archivo 1). Admitida la demanda mediante auto del 27 de enero de 2020 (fl. 123), notificadas las demandadas y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado respectivo, contestaron la demanda de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folios 131 a 140 del archivo 1 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, la edad de la actora, la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, los traslados y los tiempos cotizados, así como la reclamación administrativa y los hechos relacionados con las pruebas documentales. Manifestó que no le constan los demás.

- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito visible en el archivo 04 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la filiación y la reclamación presentada. Indicó que no son ciertos o no le constan los demás.
- Propuso como excepciones de mérito 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la APF, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, la innominada o genérica y el traslado de aportes a PROVENIR S.A.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda como se observa en el archivo 13 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Respecto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y edad de la demandante, así como los hechos relacionados con la prueba documental aportada al proceso y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás
- Como excepciones de fondo presentó las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo proferida el 25 de abril de 2022 (archivos 24 y 25), en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen

efectuado por la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad y condenó a la AFP PORVENIR S.A. a retornar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes junto con los rendimientos financieros sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES los dineros descontados por concepto de gastos de administración y a COLPENSIONES a aceptar dicha transferencia y a contabilizar todas las semanas cotizadas por el demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a la jurisprudencia no se acreditó haber suministrado a la actora la información veraz, suficiente, clara, pues era obligación de la demandada informar no solo los beneficios, sino los riesgos del traslado, para lo que citó sentencias de la Corte Suprema de Justicia, por lo que la simple firma en los formularios de afiliación no era suficiente para acreditar la información suministrada al momento del traslado de régimen. Indicó que en el interrogatorio de parte, la actora manifestó que le informaron que solo requería semanas de cotización, pero no edad y que tendría una mejor mesada pensional ya que el ISS se iba a acabar, pero no se le indicó como se liquidaría su pensión, o que debía reunir un capital necesario para pensionarse y que este capital podía generar no solo beneficios sino también pérdidas, tampoco lo informaron las diferencias entre los regímenes, ya que hasta hace poco se enteró que debía reunir un capital para obtener la pensión y si bien efectuó traslados horizontales, lo cierto es que esas oportunidades tampoco se le brindó información, máxime cuando no se le informó hasta que fecha podía trasladarse nuevamente al régimen de prima media. Por lo anterior, declaró la ineficacia del traslado de régimen al RAIS, ordenó el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de PORVENIR S.A., rendimientos y demás sin descontar los gastos de administración y a la AFP PROTECCIÓN S.A. reintegrar los dineros descontados por gastos de administración. A COLPENSIONES a recibir dichos dineros; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: No interpuso recurso.

AFP PORVENIR S.A: Recurre en contra de la sentencia para lo que argumentó que no se debe aplicar de manera homogénea la jurisprudencia; que la demandante se trasladó de manera informada pues para ese momento bastaba suscribir el formulario y que ella debía informarse de manera independiente, por lo que la demandada no ha incumplido con la obligación de información, por lo que no procedía la declaratoria de ineficacia ya que el traslado fue de manera voluntaria y consiente y tenía información suficiente y verás conforme a los formularios suscritos con los fondos a que se afilió. Conocía los beneficios y requisitos que requería con lo que se acredita la voluntad de la accionante. En cuanto a los gastos de administración, manifiesta que estos son establecidos por la norma y fueron invertidos como lo exige la ley, por lo que resultan improcedentes. En cuanto a las agencias en derecho, ellas no proceden al revocarse a sentencia de primera instancia.

AFP PROTECCIÓN S.A: Manifestó que interpone recurso parcial de la sentencia, respecto de la devolución de los dineros que fueron descontados, pues estos fueron autorizados por el legislador y se usan para cubrir los gastos de administración y seguro previsional. Que la demandada no hizo este cobro de mala fe, ni en beneficio propio, pues se hizo un manejo adecuado de la cuenta de la demandante y se efectuaron rendimientos sobre su capital que fueron mayores a los que se hubieran podido obtener en el RPM y no son dineros para cubrir la mesada pensional, por lo que sería un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES y un perjuicio para el fondo, sin que se hubiera analizado la eventual condena por perjuicios pues esos dineros fueron cobrados de buena fe y durante la afiliación, los rendimientos generados fueron producto de la afiliación y por tanto si las cosas vuelven a su estado anterior, debería determinarse la diferencia existente entre los rendimientos que se producirían en los dos regímenes para devolver los que correspondían si hubiera estado afiliada al RPM.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Indicó que se demostró que no se le brindó la información necesaria al momento de la afiliación al RAIS, por lo que, conforme a los diversos pronunciamientos de la SL CSJ es procedente la declaratoria de ineficacia dictada en primera instancia, por lo que solicitó se confirme la decisión.

Parte demandada:

PORVENIR: Pidió la revocatoria de la decisión por cuanto el traslado fue válido, situación que se demuestra con las respuestas dadas en el interrogatorio de parte, además, su voluntad fue permanecer en el RAIS.

COLPENSIONES: En síntesis, solicitó la revocatoria de la decisión porque el traslado fue válido, no se demostró la existencia de vicios del consentimiento, además, recibió toda la información respecto del RAIS, por lo que no hay lugar a declarar una ineficacia.

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...

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 102 del archivo 01 expediente, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES el 29 de septiembre de 2017 para el traslado de régimen y con la respuesta negativa dada por COLPENSIONES el 7 de octubre de 2017, vista a folio 107 del mismo archivo, 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 16 de febrero de 2001 (fl. 103) con PROTECCIÓN S.A el 14 de abril de 1999 (fl. 33 archivo 04), régimen al cual se encuentra afiliada en la actualidad.

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 las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., hoy demandadas, no suministraron 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 los formularios de vinculación y de traslado horizontal con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tales formularios 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

¹ **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)

demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministrara información oportuna, veraz y suficiente, en la cual se dejaran 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 Villegas² 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 sería ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a las entidades administradoras de fondos de pensiones a las cuales se trasladó la trabajadora (en este caso PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.), pues cuando afirmó que se omitió o no le informaron 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 las entidades demandadas (SL3034-2021³, SL3035-2021), a las cuales les correspondía demostrar que le informaron 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. 31.989⁴,

² "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"

³ "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"

⁴ "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.

para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento, ni el nivel de educación de la afiliada.

Nada de lo anterior se demostró en el proceso, ya que en el interrogatorio de parte la actora que el motivó del traslado se dio porque en esa época decían que el ISS se iba a acabar y le dijeron que la pensión sería igual o mejor a la que le reconocerían en el RPM y que se podía jubilar de manera anticipada. Sobre su conocimiento en el tema no está segura de los requisitos necesarios, y cree que en el fondo privado requería de semanas independiente de la edad; que el bono pensional se trasladaba al fondo privado, no conoce que tenía una cuenta de ahorro individual, pues de los extractos solo sabe que la empresa le hace los aportes. Nada le dijeron respecto a los aportes voluntarios, ni a la devolución de los aportes, manifestó que siempre creyó en la buena fe de los asesores respecto a que se iba a jubilar mejor y tendría estabilidad y por eso firmó los formularios, en los no había otra información que los datos personales, no conoció de los riesgos y hasta hace poco se enteró que tenía que reunir un capital para pensionarse y menos aún conocía que podría tener pérdidas.

Para el caso, las demandadas en la contestación de la demanda se limitaron a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero se probó que se le expuso a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de no realizar 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 a una determinada edad. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante conociera

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"

algunas de las características del RAIS o del RPM, además, o la permanencia por un lapso de tiempo en el RAIS ni los traslados horizontales entre fondos, los que tampoco acreditan que dicho deber haya sido satisfecho a cabalidad, ni mucho menos ratifica o convalida ninguna situación como lo pretende resaltar la recurrente, 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 sana 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).*

Es menester indicar que la declaratoria de ineficacia del traslado no es caprichosa por parte del A-quo, pues la jurisprudencia de la SL CSJ ha sido clara en indicar que el acto de reclamar o solicitar la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen es imprescriptible, en razón a que, no se discute en el momento beneficio económico alguno, solo se juzga el actuar correcto o incorrecto de la AFP al momento de lograr la afiliación del trabajador.

Frente a la inconformidad relacionada con la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración y seguro previsional, es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual las AFP deberán transferir a COLPENSIONES todos los conceptos que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación del 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 administración y seguro previsional, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal, pues por el contrario no haberlo hecho

legítima aún más tal condena, 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 del actor no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del actor ni mucho menos de Colpensiones y así 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."

Tampoco se trata de un perjuicio pues, precisamente lo que se pretende con la devolución de estos gastos de administración y seguros previsionales es evitar un perjuicio económico a COLPENSIONES quien debe asumir el reconocimiento pensional, dada la conducta indebida de las AFP, conforme a la citada jurisprudencia.

En cuanto a las costas, estas proceden a cargo de las demandadas recurrente por resultar vencidas en el proceso.

Por los motivos expuestos se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

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

DECISIÓN

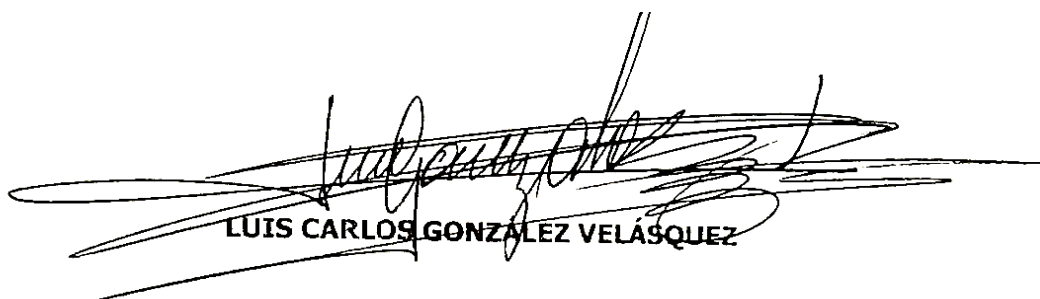
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR sentencia proferida el veinticinco (25) de abril de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Veintiséis 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 las recurrentes **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** Fíjense como agencias en derecho la suma de un SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

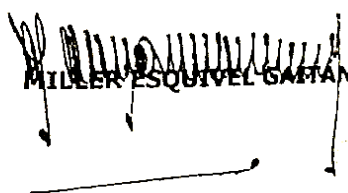
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EDISON HERNÁNDEZ ALTAMAR
CONTRA ROMERO SAENZ Y CIA. S. EN C. EN LIQUIDACIÓN y
solidariamente contra GABRIEL MANUEL ROMERO GUERRERO. Rad.
2018–00304 01. Juz. 29º.**

En Bogotá D.C., a los quince (15) días de septiembre 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

EDISION HERNÁNDEZ ALTAMAR demandó a ROMERO SAENZ Y CIA S EN C. EN LIQUIDACION y solidariamente contra GABRIEL MANUEL ROMERO GUERRERO, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 5 y 6 del expediente físico:

DECLARATIVAS

- Declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 18 de mayo de 2014 hasta el 23 de julio de 2017
- Se declare que la demandada no pagó los aportes a seguridad social integral
- Se declare que la demandada no pagó las cesantías, intereses a las cesantías, primas ni vacaciones correspondientes al tiempo laborado.
- Se declare que el señor GABRIEL MANUEL ROMERO GUERRERO es solidariamente responsable de las sumas a pagar al actor.

CONDENATORIAS

- Se condene a los demandados al pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, dotaciones y primas de servicios
- Indemnización por despido sin justa causa
- Sanción por falta de consignación de las cesantías a un Fondo
- Indemnización moratoria

- Aportes a seguridad social integral
- Indexación
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fl. 4 a 5 del expediente físico. Que el demandante inició a laborar para los demandados mediante contrato verbal el 18 de mayo de 2014 con un salario de \$1.500.000 desempeñando el cargo de oficial de obra cumpliendo un horario de trabajo de 7 am a 12 m y de 1 pm a 5 pm bajo las órdenes de sus empleadores.

Los demandados nunca lo afiliaron al sistema de seguridad social y como dotación solo se entregó un casco y botas; además fue despedido sin justa causa el 23 de julio de 2017 sin el pago de las acreencias laborales correspondientes al tiempo laborado.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de esta ciudad el 15 de junio de 2018 (fl.12), notificados los demandados (fl. 29 y 30) y corrido el traslado respectivo, contestaron la demanda de la siguiente manera:

ROMERO SAENZ Y CIA. S. EN C. EN LIQUIDACIÓN en los términos del escrito que obra a folios 48 a 56

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Manifestó que no le constan o no son ciertos los hechos de la demanda.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del contrato laboral y de sus elementos constitutivos, falta de relación jurídica, inexistencia de la obligación, indebida sustentación de las pretensiones por inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de autorización para que el representante legal contratara con el demandante, cobro de lo no debido y carencia del derecho reclamado.

El señor GABRIEL MANUEL ROMERO GUERRERO contestó la demanda como se observa a folios 75 a 84

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Manifestó que no le constan o no son ciertos los hechos de la demanda.

- Propuso como excepción previa el no comprender la demanda a todos los litis consorcios necesarios por lo que solicitó se vinculara al señor BEINER VARGAS GONZÁLEZ y como excepciones de fondo propuso las de inexistencia del contrato laboral y de sus elementos constitutivos, falta de relación jurídica, inexistencia de la obligación, indebido señalamiento de las fechas de desarrollo de las obras e indebida sustentación de las pretensiones por inexistencia del derecho reclamado.

El juzgado de primera instancia dispuso por auto del 1º de agosto de 2019 la vinculación al proceso del señor BEINER VARGAS GONZÁLEZ (fl. 87) quien fue debidamente notificado (fl. 88) sin que contestara la demanda, tal y como se indicó en auto del 13 de diciembre de 2019 (fl. 89) y en audiencia del 1º de diciembre de 2020 el actor manifestó en la audiencia de conciliación que no tenía ninguna pretensión en contra del señor BEINER VARGAS GONZÁLEZ.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha viernes 4 de junio de 2021 (acta fl. 100 y audio CD.fl.99) en la cual absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en su contra por EDISON HERNÁNDEZ ALTAMAR y lo condenó en costas.

Llegó a esta determinación luego de manifestar que debió la parte actora demostrar los presupuestos necesarios para demostrar el contrato de trabajo, como la prestación del servicio, los extremos y el salario devengado conforme a los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T. y en este caso, de acuerdo con las pruebas documentales allegadas, pues no se practicó prueba testimonial por falta de interés de la parte actora; no se acreditó por ningún medio probatorio la prestación del servicio por parte del actor para alguno de los demandados por lo que no cumplió con la mínima carga probatoria y en consecuencia no podía imponer condena alguna a ninguna de las demandadas, toda vez que el proceso se encuentra huérfano de pruebas. En consecuencia, absolvió a las demandadas y condenó en costas a la parte actora.

El apoderado de la parte actora solicitó mediante escrito presentado el día jueves 10 de junio de 2021, es decir 4 días después de proferida la sentencia, nulidad de lo actuado por considerar que no se había recibido el correo electrónico con el link necesario para acceder a la audiencia, respecto de lo cual el A-quo por auto del 6 de agosto de 2021 le comunicó que se había remitido por el juzgado el día anterior a la audiencia el link para su asistencia y reenviado minutos antes de la hora de

inicio de la audiencia, y que este no se remitió por el apoderado a los testigos para que asistieran a la audiencia; en cuanto al corte de fluido eléctrico manifestó que no se allegó prueba de ello.

CONSULTA.

El proceso se remitió en el grado jurisdiccional de consulta toda vez que la sentencia no fue recurrida y fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1149 que modificó el artículo 69 del CPTSS.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: No se presentaron alegatos en esta instancia.

Parte demandada: No presentó alegatos.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo dispuesto en artículo 14 de la Ley 1149 que modificó el artículo 69 del CPTSS.

Contrato de trabajo. - Para determinar la existencia del contrato de trabajo se revisa la prueba aportada al expediente.

El demandante no aportó con la demanda prueba documental alguna. La demandada ROMERO SAENZ Y CIA S. EN C. en liquidación, aportó una relación de los contratos suscritos por el contratista Arq. Gabriel Romero Guerrero con la Congregación de Misioneros de la Preciosa Sangre para la realización de obras en la casa principal ubicada en la Carrera 27 A No. 47ª-91 entre el 18 de diciembre de 2014 y el 17 de junio de 2016, por periodos de 80 días, y 20 días y en la casa misionera San José ubicada en la Calle 26 S No. 12H-59 entre el 3 de marzo de 2014 y el 24 de noviembre del mismo años por periodos de 60 y 29 días (fl. 31) y un último contrato entre el 27 de febrero y el 19 de noviembre de 2014 por periodos de 60 y 29 días; direcciones que coinciden con las que fueron indicadas en los hechos de la demanda como lugar donde el actor prestaba sus servicios.

Igualmente se aportaron los contratos de prestación de servicios 01, 02 y 03 que suscribió el señor Gabriel Romero Guerrero con la Congregación de Misioneros de la

Preciosa Sangre por periodos de 2 meses, 80 días y 20 días (fl. 31 a 45) en las direcciones antes indicadas y conforme a los cuales se puede concluir que la demandada ROMERO SAENZ Y CIA S. EN C. en liquidación no contrató las obras en los lugares indicados por el demandante, sino que lo hizo el señor Gabriel Manuel Romero Guerrero, lo cual fue aceptado por éste en la contestación del hecho 1º de la demanda (fl. 76), por lo que se pasa a revisar si se acreditó la prestación del servicio por parte del demandante con el señor Romero Guerrero.

Al respecto, el día 1º de diciembre de 2020, el demandante manifestó en la audiencia de conciliación que no tenía ninguna pretensión en contra del señor BEINER VARGAS GONZÁLEZ y a continuación se decretaron las pruebas testimoniales y los interrogatorios de parte solicitados por las partes; sin embargo, a la audiencia fijada para la práctica de las pruebas (4 de junio de 2021) no compareció el demandante ni su apoderado, como tampoco las personas citadas como testigos por la parte actora, de lo que quedó la correspondiente constancia y la parte demandada desistió de la práctica de los testimonios, lo que fue aceptado por el A-quo.

Así las cosas, es necesario señalar que cuando se pretende la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo le corresponde al trabajador la carga de la prueba respecto de la prestación del servicio para que opere la presunción del artículo 24 del C.S.T. pues en materia laboral la carga de la prueba recae sobre la parte procesal que alega el derecho, o intenta demostrar un hecho.

Esta carga se invierte cuando existe la presunción del artículo 24 del C.S.T., en favor de la persona beneficiaria de esa presunción, caso en el cual debe la otra parte aportar la prueba que desvirtúe la presunción, toda vez que el citado artículo presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

En consecuencia, lo único que debía probar el actor en el presente asunto, era la prestación personal del servicio al empleador; respecto de lo cual no aportó prueba alguna, pues se reitera que a la audiencia señalada para la práctica de las pruebas no compareció el demandante, quien debía absolver interrogatorio de parte; ni su apoderado quien debía practicar el interrogatorio de parte a las demandadas y por último no comparecieron los testigos citados para declarar en esa oportunidad, por lo que en efecto el proceso se encuentra huérfano de pruebas como lo señaló el A-quo.

Respecto a la falta de comparecencia a la audiencia mencionada por la parte actora y los testigos, se observa que a folios 104 y 105 se encuentran impresos los correos

mediante los cuales el juzgado remitió el link correspondiente para la audiencia, por lo que si el apoderado no lo recibió, debió hacerlo saber al juzgado previo a la hora señalada para la audiencia, ya que era de su conocimiento la fecha y hora en que se efectuaría, pues había sido notificada desde el 28 de mayo de 2021. Por otra parte, si presentaba problemas de conexión podía informarlo al juzgado por intermedio de una llamada al celular, máxime si se tiene en cuenta en la audiencia del 1º de diciembre de 2020 el demandante se presentó por este medio y a través del celular del apoderado.

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

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 Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de junio 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.

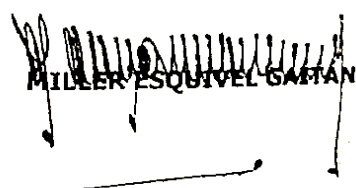
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ 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 ÁLVARO RAÚL TOBO VARGAS
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y la AFP PROTECCION S.A. - Rad. 2021 00444 01. JUZ. 31.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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

ÁLVARO RAÚL TOBO VARGAS 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 4 y 5 del archivo 1 del expediente digital.

- Se declare que la administradora de Pensiones y Cesantías Santander hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección no le informó al accionante las ventajas, desventajas, requisitos para acceder a las prestaciones pensionales.
- Se declare que la afiliación y posterior traslado al régimen de ahorro individual no cumplió con los requisitos de libertad y consentimiento informado, establecidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- Se declare la ineficacia del traslado pensional del señor Álvaro Raúl Tobo Vargas al Régimen de Ahorro Individual.
- Se condene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar todas las cotizaciones pensionales, gastos de

administración y rendimientos de la cuenta individual del demandante a Colpensiones.

- Se condene a Colpensiones a que acepte todas las cotizaciones pensionales, gastos de administración y rendimientos de la cuenta pensional del demandante.
- Se condene a Colpensiones a que una vez se trasladen de manera efectiva las cotizaciones pensionales, gastos de administración y rendimientos provenientes de Protección S.A., se reflejen en el reporte de la historia laboral del demandante como semanas cotizadas.
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas procesales

Los hechos de la demanda se describen a folios 6 a 8 del archivo 1 expediente digital.

El señor Álvaro Raúl Tobo Vargas nació el 8 de octubre de 1957 por lo que a la fecha cuenta con 64 años y estuvo afiliado al ISS entre el año 1997 y el año 2008 donde cotizó un total de 289,43 semanas. El 10 de enero de 2008 el demandante se afilió a la Administradora de Pensiones y Cesantías Santander sin que la asesora le suministrara información sobre las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Que la administradora de pensiones Santander fue adquirida por la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección donde ha efectuado hasta la fecha los aportes pensionales. El demandante mediante petición radicada el 16 de julio de 2021 solicitó a la AFP Protección explicación y soportes sobre la información suministrada al momento del traslado al régimen de ahorro individual y para que declarara la nulidad en la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual, lo que fue respondido mediante comunicado del 3 de agosto de 2021, indicando que: "en lo concerniente con la asesoría de las ventajas o desventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media o trasladarse al Régimen de Ahorro Individual al momento del traslado y la asesoría, es importante aclarar que la obligación de brindar ese tipo de indicaciones rige a partir del 26 de diciembre de 2014 con la Ley 1748 de 2014" y que la firma del formulario de afiliación es la constancia de que aceptó lo expuesto en la asesoría.

El accionante mediante petición radicada el 16 de julio de 2021 solicitó a Colpensiones se le informara si se le realizó la doble asesoría, así como los soportes

documentales correspondientes; copia del reporte de historia laboral y del cuaderno administrativo. Igualmente, que se aceptara el traslado de régimen pensional y se solicitara a la AFP Protección no solo las cotizaciones sino también, los intereses y gastos de administración correspondientes de la cuenta individual del accionante, sin que a la fecha de presentación de la demanda haya dado respuesta.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de esta ciudad el 22 de septiembre de 2021 (Archivo 4), notificadas las demandadas y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado respectivo, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto en el archivo 9 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la edad, los aportes realizados al RPM, la reclamación administrativa, el traslado al RAIS y los relacionados con la prueba documental aportada al proceso. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás.
- Formuló como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, improcedencia de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito que se observa en el archivo 10 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la edad del demandante, la afiliación al RAIS y los relacionados con la documental aportada. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás
- 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, la innominada o genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el día 3 de mayo de 2022 (archivo 18) en la que absolvió a las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoada por el señor ÁLVARO RAÚL TOBO VARGAS a quien condenó al pago de las costas del proceso.

Llegó a esta determinación al tener en cuenta que el actor efectuó el traslado de régimen en el año 2008 y al revisar las pruebas incorporadas al proceso aparece el formulario de afiliación del actor al RAIS. Señaló que conforme a la jurisprudencia respecto al cumplimiento del deber de información y la carga de la prueba a cargo de la administradora de pensiones, en el caso en estudio, se cumplía el requisito de información clara y suficiente toda vez que el demandante realizó aportes voluntarios conforme a las certificaciones aportadas al proceso. Que el demandante manifestó que nunca estuvo pendiente de su pensión y conforme al reporte de semanas de cotización al año 2008 solo tenía 232 semanas cotizadas, por lo que el demandante no tenía a los 50 años una expectativa de pensionarse. A su juicio, al momento en que se realizó el traslado de régimen si se había suministrado la información necesaria conforme a las pruebas allegadas y en consecuencia se había cumplido el deber de información y se desvirtuaba lo manifestado en la demanda, razón por la que absolvió a las demandadas de las pretensiones de la demanda y condenó al pago de las costas del proceso al demandante.

Recurso de Apelación

Parte demandante. - Interpuso recurso de apelación para lo cual manifestó que al momento de la afiliación no se cumplió con la obligación de suministrar la información de las ventajas y desventajas del traslado. Frente a las cotizaciones

voluntarias y el conocimiento de que podía pensionar antes del cumplimiento de la edad, ello no podía desviar la atención respecto a que la información se debió suministrar en forma oportuna, como lo ha indicado la sentencia SL-1055 de 2022, respecto a que la información debió suministrarse al momento de la afiliación, lo que no se demostró en el proceso, por lo que no se cumplió con dicha obligación y razón por la que solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Solicita se acceda a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no se demostró el cumplimiento del deber de brindar información al demandante al momento de la afiliación por parte de la AFP demandada, afectando una selección libre y voluntaria, como lo establece el art. 13 de la L. 100 de 1993. Para el efecto citó la sentencia SL 19447 del 2017 e indicó que con las pruebas aportadas y practicadas en primera instancia no se demostró el cumplimiento del deber de información al momento de la afiliación ya que del interrogatorio de parte que se le realizó al demandante no se puede inferir que se cumplió con ese deber al momento de la afiliación, ya que el asesor comercial que gestionó la afiliación no le suministro elementos objetivos de información como las proyecciones, sino simplemente un formulario con cláusulas genéricas; además, como lo menciono el demandante esa afiliación se dio cuando aceptó su primer cargo público en el municipio de Sogamoso, y lo hizo por sugerencia de su superior, de lo que se puede concluir que el demandante no conocía la diferencia entre los regímenes pensionales y mucho menos era consciente de las consecuencias del traslado de régimen pensional.

Parte demandada.

PROTECCIÓN S.A: Guardó silencio.

COLPENSIONES: Solicitó la confirmación de la decisión en razón a que el traslado de régimen fue plenamente válido, no se demostró la ocurrencia de vicios del consentimiento ni la falta al deber de información que el demandante alega que ocurrió.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del proceso en consulta respecto de COLPENSIONES y del recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. 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"*.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 18 y 19 del archivo 1 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES el 16 de julio de 2021, 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 porque suscribió formulario de afiliación con PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER el 15 de enero de 2008 (fl. 17 archivo 1), afiliación que actualmente 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 e ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP no le ofreció una asesoría clara y completa que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, entre otros aspectos. Al respecto, si bien el demandante diligenció una solicitud de vinculación al RAIS, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación

¹ **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

a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que el afiliado era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues el haber suscrito el formulario de manera voluntaria no acredita el conocimiento de las consecuencias del traslado; nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una información respecto al traslado. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información oportuna, 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 Villegas² 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.

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)

² "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 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 conocía al momento de la afiliación, 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 el 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 (SL3034-2021³, 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. 31.989⁴, pues el deber de información estaba en cabeza de la AFP y por lo tanto era su responsabilidad suministrar la información necesaria.

³ *"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"*

⁴ *"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"

Como la carga de la prueba en el caso en estudio, se encontraba a cargo de PROTECCIÓN S.A. le correspondía demostrar haber suministrado la información, por lo que se procede a revisar las pruebas allegadas, entre otros el interrogatorio de parte que constituyó uno de los fundamentos sobre los cuales se basó la sentencia de primera instancia.

El demandante manifestó en el interrogatorio de parte que al vincularse laboralmente con el municipio de Sogamoso se le ofreció en el año 2008 la vinculación con el fondo con la apertura de la cuenta de nómina con la que el Municipio le iba a pagar. Indicó que había salido del país durante varios años y había regresado en el año 2007; que no se le dio información ninguna respecto al traslado y él no tenía claros los temas de pensiones por haber estado fuera del país. Aceptó que le enviaban al correo los extractos y que no manifestó ninguna inconformidad y no estuvo pendiente del tema. Respecto al motivo por el que quiere retornar a COLPENSIONES manifestó que en principio no había tenido una expectativa de pensionarse, pero a raíz de las últimas actividades ha tenido una visión más clara al respecto. En cuanto a las diferencias entre las mesadas pensionales manifestó que no es de su conocimiento, pero que, a hoy parte de la base de que COLPENSIONES en este momento le puede ofrecer una mejor opción para pensionarse. Dijo que en principio se había trasladado porque conforme a la propaganda existía una opción de pensionarse más temprano, pero que a fondo no tenía conocimiento del tema. Sobre la pensión anticipada, señaló que conocía una línea general pero no en detalle su situación y cuáles eran sus opciones. En cuanto a los rendimientos dijo que los productos financieros no tienen rendimientos llamativos. Que no conoció otros fondos de pensiones al momento de vincularse, sino que lo hizo por la relación laboral que lo unía a la cuenta para el pago de nómina.

Ahora, revisada la documental aportada por la demandada (archivo 16), se puede observar que el actor se afilió a pensiones voluntarias en el año 2013, pero no realizó abonos a dicha cuenta sino a partir del 25 de noviembre de 2016, de lo que se deduce que el actor tiene conocimiento, por lo menos desde el año 2013 de algunas de las características del RAIS.

Sin embargo, en este caso en particular, es necesario tener en cuenta que la información que debía suministrar la AFP, debía ser oportuna, esto es, debía suministrarse al momento de la afiliación, respecto de lo cual la sentencia SL 1688 de 2019 expresó lo siguiente:

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

De las pruebas allegadas, se puede establecer que si bien del demandante conocía algunas características del RAIS, como era la pensión anticipada no tenía conocimiento de los requisitos para obtenerla, y por otra parte, que si bien para el año 2013 se afilió a pensiones voluntarias; lo cierto es que, no se demostró en el proceso que la demandada hubiera suministrado la información en el año 2008 en que el actor se afilió al RAIS, esto es que la información hubiera sido oportuna, pues de ello dependía su utilidad, toda vez que para el caso en particular del demandante, quien por la edad (51 años) que tenía para el año 2008, requería conocer si era posible o no retornar al RPM, así como la diferencia en el pago de los aportes que allí se debían realizar para obtener el capital necesario para pensionarse si lo que pretendía era una pensión anticipada; como tampoco existe prueba de haber informado las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión para establecer que ganaba y que perdía con el traslado, por el contrario la demandada se limitó a manifestar que el actor diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero no demostró haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de no realizar una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que el demandante posteriormente conociera sobre las cuenta de ahorro voluntario, o porque no hubiera solicitado posteriormente una información, como tampoco por la permanencia por un lapso de tiempo en el RAIS, pues ello no acredita que dicho deber haya sido satisfecho oportunamente ni a cabalidad, ni mucho menos ratifica o convalida la afiliación y así lo ha indicado la jurisprudencia en diversos pronunciamientos respecto a los actos de relacionamiento, entre lo cuales se destaca la sentencia SL 853-2022 que indica:

"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 sana 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.”

Por último, es menester indicar que la jurisprudencia ha sido clara en indicar que la falta de información acarrea como consecuencia la ineficacia del traslado de régimen, el cual es imprescriptible, en razón a que, no se discute en el momento beneficio económico alguno, solo se juzga el actuar correcto o incorrecto de la AFP al momento de lograr la afiliación del trabajador.

En cuanto a 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 por el actor, 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.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Como consecuencia de la ineficacia del traslado se genera la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración y seguro previsional, la que se impartirá en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A., para lo que es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual la AFP deberá transferir a COLPENSIONES todos los conceptos que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación del 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 administración y seguro previsional con cargo al propio peculio de la AFP como consecuencia de la ineficacia del traslado ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin haber recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por lo que el ordenar el traslado de los dineros respectivos a los gastos de administración de la cuenta del actor no genera un enriquecimiento sin justa causa y por el contrario 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 sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la SL-31989 del 8 sep. 2008, 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."

Conforme a las motivaciones anteriores se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia y en su lugar se declarará la ineficacia del traslado del demandante ÁLVARO RAÚL TOBO VARGAS al régimen de ahorro individual y se condenará a la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES los ahorros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos, bonos y demás frutos, sin que les sea permitido descontar los gastos de administración y seguros previsionales los cuales deberá reintegrar de su propio peculio y se ordena a COLPENSIONES recibir los mencionados dineros y tener al demandante como afiliado al régimen de prima media, así como a tener en cuenta las cotizaciones efectuadas por el actor, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

COSTAS. - Las de primera se revocan y quedan a cargo de las demandadas. Las de alzada estarán a cargo de las demandadas 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. – REVOCAR la sentencia proferida el 3 de mayo de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – DECLARAR la ineficacia del traslado del demandante ÁLVARO RAÚL TOBO VARGAS al régimen de ahorro individual y se condena a la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES los ahorros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos, bonos y demás frutos, sin que les sea permitido descontar los gastos de administración y seguros previsionales los cuales deberá reintegrar de su propio peculio.

TERCERO. - ORDENAR a COLPENSIONES recibir los mencionados dineros y tener al demandante como afiliado al régimen de prima media, así como a tener en cuenta las cotizaciones efectuadas por el actor, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO. - Costas. - Las de primera se revocan y en su lugar se condena a las demandadas al pago de un salario mínimo legal vigente. Las de alzada estarán a cargo de las demandadas. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

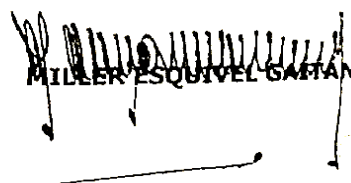
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 MARTHA LILIANA MORALES JIMENEZ
CONTRA MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA S.A. Rad: 2019-00309-01 JUZ.
32**

En Bogotá D.C., a los quince días (15) de Septiembre 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

MARTHA LILIANA MORALES JIMÉNEZ demandó a **MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 4 y 5 de la carpeta C001 del expediente digital

PRETENSIONES PRINCIPALES

- Declarar la ineficacia del despido.
- Reintegro.
- Pago de salarios con incrementos y prestaciones sociales, dejados de percibir hasta su reintegro.
- Pago de aportes al sistema de seguridad social.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

- Al pago de reliquidación de cesantías e intereses a las cesantías.
- Indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.

- Indexación.
- Perjuicios morales.
- Perjuicios materiales.
- Indemnización moratoria del artículo 65 C.S.T.(desistió en audiencia del artículo 77 del CPT).
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 6 a 8 (archivo 001 expediente digital). Inició a laborar al servicio de MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA S.A, mediante contrato de trabajo a término indefinido, desde el 21 de marzo de 2000 hasta el 10 de febrero de 2017. Desempeñó la función de asesora comercial, cargo en el que el salario promedio mensual ascendió a \$1.700.000 por las comisiones.

El 10 de febrero de 2017, el empleador dio por terminado el contrato laboral, por el mal estado de salud de la trabajadora y por negarse a la suscribir una nueva normativa de comisiones, que implicaba disminución salarial. Anterior a su despido no se le permitió ejercer el derecho a la defensa y no se solicitó autorización previa al Ministerio de Trabajo para el despido pues para ese momento se encontraba en estado de debilidad manifiesta por las enfermedades que padecía.

En el año 2003 y a consecuencia de las largas jornadas laborales y de actividad, comenzó con fuertes dolores en sus rodillas, por lo que se le ordenó fisioterapia. En el año 2005, por examen de rutina se le diagnosticó hipertensión esencial primaria y presentó una crisis hipertensiva que fue atendida por urgencias en la Clínica de la mujer, donde estuvo hospitalizada por avanzado estrés originado por el trabajo. En julio de 2015 fue diagnosticada con artrosis en sus rodillas, dificultando el desempeño en su cargo.

El estado de salud era conocido por la demandada, como quiera que ella lo dio a conocer mediante carta del 17 de febrero de 2017 y, no obstante, se le impusieron unas metas que no dependían de la trabajadora, sino de terceros. La empresa no realizó un estudio técnico que evaluará la producción en ventas de la demandante. El incumplimiento de metas no fue establecido como una justa causa de despido.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y dos Laboral del Circuito de esta ciudad, notificada la demandada (fl. 144) y corrido el traslado correspondiente, la accionada contestó la demanda, conforme obra a folios 146 a 167 en los siguientes términos:

- Se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias.
- En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, los extremos y el cargo desempeñado por la demandante. Negó o manifestó que no le constan o que no son hechos los demás.
- Formuló como excepciones previas las de falta de requisitos formales e indebida acumulación de pretensiones por lo que la parte demandante desistió de la pretensión subsidiaria relacionada con la indemnización moratoria e incumplimiento de los requisitos del artículo 25 del C.S.T. que se declaró no probada en la audiencia del artículo 77 del C.P.T. Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de las obligaciones a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de elementos que configuren una terminación del contrato sin justa causa, buena fe y falta de causa.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de septiembre del 2021, puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que resolvió declarar probadas las excepciones de inexistencia de obligaciones a cargo de la parte demandada, cobro de lo no debido e inexistencia de elementos que configuren una terminación del contrato sin justa causa y absolvió a la demandada MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante MARTHA LILIANA MORALES JIMÉNEZ a quien condenó al pago de las costas del proceso.

Llegó a esta determinación acorde con la fijación del litigio y señaló que no era objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo, los extremos y el cargo desempeñado por la demandante. Encontró que la parte demandada había manifestado al momento de la terminación del contrato la casual en la que se

fundamentaba el despido, que era el reglamento interno de trabajo artículo 43 numerales 1º, 28 y 34, que consistía era “cumplir con las metas que el empleador le señale y cumplir con las indicaciones acordadas”; el artículo 45 prohibiciones numerales 11 y 28, “incumplir el contrato de trabajo, el reglamento de trabajo y/o el manual de convivencia del empleador y no cumplir con el porcentaje de los indicadores establecidos por su empleador” con lo que se configuraba también la causal de los literales d) y e) del artículo 48 que disponen como falta grave el incumplimiento de estas causales aún por la primera vez. Igualmente, incurría en las causales contenidas en los numerales 1º y 5º del artículo 58 y artículo 62 del C.S.T.

Tuvo en cuenta que a folios 216 a 218 (251 a 253) obran las comunicaciones remitidas por la demandada a la actora respecto a la justificación por el incumplimiento de las metas lo que corroboró con los interrogatorio de partes y los testimonios allegados, por lo que en efecto la terminación del contrato fue por el incumplimiento de las metas comerciales. Respeto al testigo tachado de sospecha señor Henry Carranza Villegas manifestó que en el contexto general indicó que la empresa demanda cada vez que había incumplimiento de metas requería a sus trabajadores para que dieran justificaciones y refirió las mismas situaciones fácticas que los demás testigos. Respecto de la testigo Diana Silva Archila dijo que la tacha no procede por el solo hecho de ser trabajadora de la empresa.

Reiteró que conforme a las pruebas allegadas, la demandante incumplió las metas fijadas por su empleador por lo que se le solicitaron explicaciones, respecto de las cuales guardó silencio; además, observó que ella había sido sancionada anteriormente con llamados de atención sobre los que igualmente existían las comunicaciones para justificación por incumplimiento de metas en meses anteriores a los indicados en la terminación del contrato y se allegaron los otrosí al contrato en los que se establecían las metas para los asesores comerciales para los meses de octubre a diciembre suscritas por la demandante, de lo que concluyó que la actora conocía las metas fijadas y no cumplió con ellas, lo que constituye una falta grave conforme al reglamento interno de trabajo, y en consecuencia, se encontraba demostrada la ocurrencia del hecho, la normativa que la fundamentaba y que conforme a ello se dio por terminado el contrato, lo que constituía un despido con justa causa.

Respecto a la causal de deficiente rendimiento señaló que no fue invocada para dar por terminado el contrato y en todo caso, se dieron los requerimientos previos. Frente a la oportunidad de la decisión, se remitió al incumplimiento de metas en el mes de diciembre de 2016, respecto al cual se hizo requerimiento el 10 enero de 2017 y el contrato terminó el 10 de febrero de 2017, por lo que la decisión guardaba una relación de correspondencia en cuanto al tiempo transcurrido entre la fecha del incumplimiento y la decisión de dar por terminado el contrato.

Respecto a la estabilidad laboral reforzada tuvo en cuenta lo señalado en la jurisprudencia en cuanto a que cuando el contrato se termina por una justa causa no es necesario solicitar autorización del Ministerio del Trabajo para la terminación del contrato. En todo caso, señaló que la estabilidad no opera respecto de cualquier tipo de patología, sino que requiere de una “discapacidad relevante” que le impida al trabajador ejecutar las labores para las cuales fue contratado de manera normal y en este caso conforme a la documental allegada se reconocieron incapacidades por enfermedades no relevantes y no se allegó calificación de pérdida de la capacidad laboral, por lo que no se acreditó que ella era beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada.

Por tales motivos consideró que no prosperaban las pretensiones de la demanda y en consecuencia absolvió a la demandada de todas las pretensiones de la demanda y declaró probadas las excepciones de inexistencia de obligaciones a cargo de la demandada, cobro de lo no debido e inexistencia de elementos que configuren una terminación del contrato sin justa causa y condenó en costas a la demandante.

Recurso de Apelación

Parte demandante. Manifestó en su recurso que es injusto el despido de trabajadores en incapacidad. Que el despido se dio por incumplimiento de metas por los que se debía dar cumplimiento a los trámites correspondientes. Que en la sentencia se incurrió en un grave error ya que las documentales fueron “fabricadas por la demanda a su amaño” y que se valoraron en forma equivocada conforme al reglamento interno de trabajo que carece de firma y no es auténtico por lo que no se podía dársele valor probatorio. Respecto al incumplimiento de metas y requerimiento, señaló que brilla por su ausencia el cuadro comparativo para que se pudiera saber en relación con qué fue el incumplimiento de las metas, como lo exige

el Decreto 1373 de 1966 y el Decreto 1072 de 2015 que señalan el procedimiento a seguir en caso de incumplimiento de metas y citó las sentencias 33516 de 2009 y C-593 de 2014 sobre la necesidad de aplicar dichos procedimientos so pena que el despido devenga en injusto.

Respecto al reintegro, señala que se desconoció la historia clínica y los testimonios de quienes eran compañeros de la demandante y estaban en condiciones de ver lo que sucedía a los que debió darse credibilidad absoluta, razones por las que el despido era ineficaz y procedía el reintegro conforme a la sentencia T-217/14.

Que no existe relación de causalidad entre los hechos y el despido porque la parte demanda confesó que existieron otras fechas anteriores de incumplimiento de metas y debió tenerse en cuenta la situación más favorable para la trabajadora.

En relación con los perjuicios citó las sentencias C-1507 de 2000 y la 8533 del 12 de diciembre de 1996, ya que están probados en el expediente con las documentales y las testimoniales.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante. Manifiesta que es evidente que la sentencia incurrió en protuberantes y evidentes errores de derecho y de hecho, en detrimento de los derechos constitucionales fundamentales de la trabajadora, como el derecho al trabajo y el debido proceso, pues se abstuvo de dar aplicación al Art. 2º del Decreto 1373 de 1966 y Decreto 1072 de 2015 que regulan el procedimiento a seguir cuando se trata del incumplimiento de metas. Cita la sentencia radicada No. 35516 del 4 de agosto de 2009 y la C-593 de 2014. Expresó otros argumentos que no fueron planteados en la apelación.

Parte demandada. – Manifestó que se pudo evidenciar que la hoy demandante, antes del 10 de febrero de 2017 no comunicó a su empleadora las presuntas patologías que aduce y tan es así, que la historia clínica que se aportó con la demanda se radicó ante MedPlus Medicina Prepagada el 17 de febrero de 2017, fecha para la cual la relación laboral había fenecido. Que al momento de la terminación del contrato de trabajo la actora no se encontraba incapacitada, ni con

recomendaciones conocidas por la demandada, o calificación de pérdida de capacidad laboral.

Por otra parte, la terminación del contrato se dio previa garantía del derecho de defensa y contradicción y se comprobó una justa causa legal objetiva, invocada con base en una falta grave por el incumplimiento de las metas comerciales establecidas por la empresa tal y como se fundamentó en el documento de terminación del contrato notificado a la demandante el 10 de febrero de 2017, que hace relación al incumplimiento de las obligaciones laborales consagradas en los numerales 1, 28 y 34 del artículo 43 del RIT, que conforme la referida normativa son faltas graves y justas causas de terminación del contrato de trabajo (artículo 48 numerales d y e), además, incumplió con las obligaciones establecidas en los numerales 1 y 5 del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, conducta que a su vez se encuentra tipificada como falta grave y justa causa de terminación de la relación laboral establecida en el numeral 6 del artículo 7 Decreto 2351 de 1965.

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 relación con las inconformidades de la parte actora se analizará en primer lugar si la terminación del contrato de trabajo se dio por una justa causa o si por el contrario se trató de un despido injusto y posteriormente las relacionadas con el reintegro y la condena por perjuicios.

Despido injusto.- Conforme a la documental aportada al proceso se tiene que a folios 183 a 219 obra el reglamento interno de trabajo, respecto del cual es de señalar que contrario a lo señalado por el recurrente, el reglamento tiene plena validez pues no requiere ser sometido a la aprobación de ninguna autoridad, toda vez que esta obligación fue eliminada por la ley 1429 de 2010, de suerte que sólo se requiere que sea publicado o colocado a disposición de los trabajadores para que este adquiera validez y además, el artículo 107 del C.S.T. establece que "El

reglamento hace parte del contrato individual de trabajo de cada uno de los trabajadores del respectivo establecimiento, salvo estipulación en contrario, que, sin embargo, sólo puede ser favorable al trabajador”, de lo que se deduce que el reglamento era de conocimiento de la demandante.

Ahora, revisada la comunicación de fecha 10 de febrero de 2017 (fl. 259 a 262) se tiene que por este medio se informó a la actora la terminación del contrato de trabajo por justa causa a partir de la misma fecha y se indicaron como hechos o antecedentes para la terminación del contrato de trabajo el incumplimiento de un número mínimo en ventas en usuarios y en ingresos acordado y aceptado por las partes, de la siguiente manera:

- 1 “Para la época del 31 de enero de 2014, usted aceptó y acordó por escrito con su empleador el cumplimiento de una cuota mínima mensual en venta de usuario conforme a lo establecido por la “normativa esquema de comisiones y bonificaciones Medplus Group”.
- 2 Durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2016 establecido por MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA usted aceptó el presupuesto de ventas establecido por MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA S.A para dichos meses
- 3 Su empleador observó el incumplimiento de sus obligaciones y funciones laborales, teniendo en cuenta los resultados mensuales de su promedio mínimo de ventas del año 2016 correspondientes a los de septiembre, octubre, noviembre y diciembre...”

En dicha comunicación, de forma específica le indican que:

- En el mes de septiembre de 2016 ejecutó la venta de 6 usuarios, para un total de \$679,997 incumpliendo el promedio mínimo de venta mensual que era de \$1,608.000, razón por la que le impusieron un llamado de atención.
- En octubre de 2016 ejecutó la venta a 6 usuarios, para un total de \$549.554, cuando la meta era la venta de un mínimo de 12 usuarios y el valor de \$1,608,000
- En noviembre de 2016 ejecuto la venta a 4 usuarios, para un total de \$539,916 y el mínimo de venta era de 12 usuarios y una suma de \$1.608,000.
- En diciembre de 2016 ejecutó la venta a 05 usuarios, para un total de \$712.017, y el promedio mínimo de venta mensual pactada con su empleador era de 09 usuarios y un valor de \$1,157,760

Estos hechos no ha sido objeto de controversia por la parte actora, es decir, que no ha sido objeto de discusión el incumplimiento de las metas por parte de la trabajadora, sino que se pretende en el recurso, se declare que ello no constituye una justa causa para el despido o que el trámite que se dio para el despido no es el correspondiente para el caso.

Como causales para la terminación del contrato se indicaron:

- **Los numerales 1 y 5 del artículo 58 del C.S.T.**
- "Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido."
- "Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios".
- **El numeral 6 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965**
- "Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.
- **Reglamento Interno de trabajo Numerales 1, 28 y 34 del artículo 43 (obligaciones especiales del trabajador)**
- 1. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados.
- 28. Cumplir con las metas que periódicamente el empleador le señale
- 34. Cumplir con los indicadores que haya acordado previamente su empleador.
- Numerales 1 y 4 de la cláusula primera y los literales e) y f) y el párrafo segundo de la cláusula séptima de su contrato de trabajo.
- **Reglamento interno de trabajo numerales 11 y 28 del artículo 45 (prohibiciones a los trabajadores).**
- 11. Incumplir el contrato de trabajo, el reglamento de trabajo y/o el manual de convivencia del empleador.
- 28. No cumplir con el porcentaje de los indicadores previamente establecidos por su empleador.

Conforme a lo anterior el incumplimiento del porcentaje de los indicadores previamente establecidos por el empleador estaba establecido como una prohibición al trabajador y acorde con el mismo artículo incurrir en alguna de las prohibiciones

allí contenidas estaba calificado como una falta grave en todos los casos aún por la primera vez.

El artículo 49 del mencionado reglamento dispone que antes de aplicar una sanción disciplinaria, el empleador debe oír al trabajador directamente en diligencia de descargos y en caso de estar sindicalizado con la asistencia de dos representantes de la organización sindical y en todo caso, dejar constancia escrita de los hechos y de la decisión de la empresa. En este caso el empleador hizo los requerimientos correspondientes en cada oportunidad para que la trabajadora diera las explicaciones respectivas y ejerciera su derecho de defensa con lo que cumplió el procedimiento establecido en el reglamento.

Respecto al Decreto 1373 de 1966 citado por el recurrente, al igual que el Decreto 1072 de 2015 indican en el Artículo 2º y en el artículo 2.2.1.1.3. Respectivamente lo siguiente:

Para dar aplicación al numeral 9) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, el patrono deberá ceñirse al siguiente procedimiento:

- a) Requerirá al trabajador dos (2) veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días;
- b) Si hechos los anteriores requerimientos el patrono considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a éste un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efecto de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes; y
- c) Si el patrono no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes.

Nótese que en este caso, el numeral 9º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 a que se hacen referencia los decretos mencionados es al "deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del patrono"; sin embargo, este numeral no fue invocado como justa causa para despedir a la trabajadora, sino el numeral 6º, esto es "Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales", por

lo que no se requería en el presente asunto aplicar el procedimiento allí establecido, principalmente porque no se puede cambiar la causal que fue indicada como justa para dar por terminado el contrato de trabajo, como lo pretende el recurrente.

Por su parte la sentencia C-593 de 2014 citada en el recurso, concluyó en relación con el análisis del artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo, que “la disposición debía ser interpretada acorde con el texto constitucional, y por tanto, la obligación de escuchar previamente al trabajador, en el caso de aplicarse alguna sanción contenida en el Reglamento del Trabajo, implica el respeto de las garantías propias del debido proceso...”, por lo que se tiene en cuenta que en el caso en estudio la demandada estableció en el reglamento interno de trabajo en el artículo 49 el procedimiento para la comprobación de las faltas y la forma de aplicación de las sanciones disciplinarias de la siguiente manera:

“Antes de aplicarse una sanción disciplinaria, el empleador deberá oír al trabajador inculpado directamente en diligencia de descargos y si este es sindicalizado deberá estar asistido por dos representantes de la organización sindical a que pertenezca. En todo caso se dejará constancia escrita de los hechos y de la decisión de la empresa de imponer o no, la sanción definitiva (artículo 115 C.S.T.).

(...)

Cuando se requiera por escrito al trabajador para escucharlo en diligencia de descargos, con el fin de investigar el hecho que se le atribuye al trabajador y de salvaguardar el derecho de defensa del mismo, el trabajador igualmente deberá presentar por escrito sus descargos ante el Director o el Asesor laboral del área de Gestión Humana, según sea el caso, dentro del término que se le haya señalado al trabajador para presentar sus descargos.”

Revisada la documental aportada se tiene que la demandada hizo requerimientos a la actor solicitando explicaciones por el incumplimiento de metas previamente pactadas con el empleador en reiteradas oportunidades (fl. 246 a 255) y específicamente para el mes de octubre de 2016 (fl.256), noviembre de 2016 (fl. 257) y diciembre de 2017 (fl.258) para que la trabajadora ejerciera su derecho de defensa y debido proceso y allegara las pruebas que considerara necesarias para lo cual se le concedió aun plazo de dos días en cada oportunidad, sin que la demandante diera explicación alguna dentro de dicho término, o por lo menos omitió aportar tales pruebas al proceso, por lo que se dirá que la empleadora cumplió no

solo con las disposiciones contenidas en el reglamento interno de trabajo sino también con el respeto de las garantías propias del debido proceso.

En cuanto a que se debió establecer un comparativo en relación con las metas a cumplir, es necesario resaltar que las metas fueron acordadas entre la trabajadora y su empleador, y que estas aplican para todos los trabajadores que ejercen la misma labor que ella, por lo que no se hacía necesario establecer diferencias con otros cargos o trabajadores, pues a folio 240 a 252 se encuentran los otrosí suscritos por las partes el 31 de enero de 2014 conforme a los cual las comisiones serían reconocidas y pagadas conforme a la "normativa esquema de comisiones y bonificaciones MedPlus Group código N-216" y el anexo 2 "Cuota mínima de permanencia venta de usuarios expresados en UVC. Además, conforme al testimonio de la señora Ana Roció Guerra las metas fueron socializadas y eran previamente comunicadas a los trabajadores, máxime si se tiene en cuenta que la demandante estaba vinculada desde el 21 de marzo de 2000, es decir, que tenía experiencia en las ventas.

En relación con las documentales que indica el recurrente fueron "fabricadas por la demanda a su amaño", no le asiste razón, toda vez que se puede apreciar; no solo, que en cada oportunidad la empleadora le solicitó explicación respecto al incumplimiento de metas, sino que la misma demandante recibió y suscribió las comunicaciones de requerimiento y no se valoraron en forma equivocada como pretende hacerlo ver en su recurso, sino que se analizaron en conjunto con las demás pruebas allegadas.

Así las cosas, como la conducta de la actora constituye una falta grave de conformidad Reglamento Interno de Trabajo, al no cumplir con su obligación de cuota mínima de ventas mensuales pactadas con su empleador, toda vez que era la labor correspondiente a su cargo y las metas se habían pactado previamente, además de haber sido convocada a rendir explicaciones por el incumplimiento de metas comerciales sin que ella diera explicación alguna; la terminación del contrato se dio por una justa causa y conforme a ello no le asiste razón a la parte recurrente sobre este aspecto.

Reintegro.- Para resolver, debe tenerse en cuenta que cuanto se trata de un despido con justa, el empleador no está obligado a solicitar permiso al Ministerio de

Trabajo, pues así lo indicado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL679 de 2021 que al respecto indicó:

“En efecto, la Corporación tiene establecido que dicha protección tiene como finalidad disuadir los despidos discriminatorios fundados en el prejuicio, estigma o estereotipo de la discapacidad del trabajador. **De modo que es legítima la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador que no obedezca a la situación de discapacidad del empleado sino a una razón objetiva.** (negrilla fuera de txto)

Además, la Corporación también ha indicado que si en un proceso laboral el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena que su decisión de terminar el contrato de trabajo se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos y la sanción de 180 días de salario; motivo por la cual en este aspecto no le asiste razón a la censura. Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL1360-2018 la Sala explicó:

(...) la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Esto, en oposición, significa que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo.

Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite,

**quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva (...)
(negrilla fuera de texto)**

Conforme al anterior precedente judicial, el empleador no está obligado a obtener la autorización del Ministerio del Trabajo para dar por terminado unilateralmente el contrato laboral, cuando esa determinación tenga fundamento en la configuración de una razón objetiva como lo es una justa causa de despido. Por el contrario, la intervención de dicha autoridad se exige en los eventos en que la finalización del vínculo laboral se origine en la incompatibilidad de la discapacidad del trabajador con el cabal ejercicio de las funciones asignadas por la empresa.”

Así las cosas, como en el presente asunto, se demostró una razón objetiva, como es una justa causa para despedir a la actora, el empleador no estaba obligado a solicitar permiso al Ministerio de Trabajo y tampoco es procedente el reintegro pues no se demostró en el proceso que la causa para la terminación del contrato de trabajo tuviera como fundamento una discriminación de la actora por su estado de debilidad manifiesta dada su condición de salud, sino que se dio con fundamento en una casual objetiva como fue el incumplimiento de una de las prohibiciones establecidas en el reglamento interno de trabajo.

Pero adicionalmente y en gracia de discusión es de resaltar que no acreditó la condición de debilidad manifiesta por salud pues revisada la documental en orden cronológico, se observa lo siguiente:

Fl. 43 consulta por fisioterapia el 25 de junio de 2003

Fl. 29 Ingreso a hospitalización el 1º de octubre de 2005 por hipertensión arterial no controlada con salida el 3 de octubre de 2005.

Fl. 33-36 consulta con medicina interna el 5 y el 21 de octubre de 2005

Fl. 37 Consulta medicina interna el 31 de agosto de 2007

Fl. 44 consulta por ortopedia el 22 de abril de 2009

Fl. 45 consulta por Medplus medicina Prepagada IDx Condromalacia patelar de fecha 23 de noviembre de 2015 conclusión “cambios artrósicos iniciales patelofemorales bilaterales de predominio izquierdo.

Fl. 48 informe radiológico conclusión “condromalacia grado IV comprometiendo la faceta lateral de la rótula” de fecha 27 de noviembre de 2015.

Fl. 52 consulta por ortopedia de fecha 1º de diciembre de 2015

Fl. 55 consulta por ortopedia de fecha 30 de junio de 2016

Fl. 23. Control médico el 6 de febrero de 2017 en el que se establece que la actora padece de hipertensión arterial desde los 40 años, condromalacia grado IV comprometiendo faceta lateral de la rodilla, artrosis degenerativa en articulación patelofemoral e hipoglicemia en la que como recomendaciones médicas "se refuerzan medidas no farmacológicas como cambios en el estilo de vida, dieta fraccionada, aumento de ingesta de frutas y verduras entre otras, mantener el peso adecuado y realizar actividad física 30 o 40 minutos al día..."

Fl. 25. El día 10 de febrero de 2017 (día de la terminación del contrato) acude a enfermería para toma de tensión arterial

Fl. 39 consulta por medicina interna el 13 de mayo de 2017 (después de terminada la relación laboral)

Fl. 56-59 resultados de resonancia magnética "lesión residual de ligamento colateral medial y signos de condromalacia patelofemoral" de fecha 9 de agosto de 2017 (posterior a la terminación del contrato)

Así las cosas, no es posible concluir que la demandante se encontrara para el momento del despido en un estado de debilidad manifiesta, pues la hospitalización por hipertensión arterial fue por 3 días en el año 2005 mientras que el contrato terminó en febrero de 2017 y no se acreditaron nuevas crisis por este motivo tampoco el otorgamiento de incapacidades, ya que y solo había asistido a consulta por ese motivo en dos oportunidades en el 2005 y en el 2017 después de lo requerimientos de la demandada y sin incapacidad. Por otra parte, respecto de los problemas de movilidad que indica en la demanda, la actora tampoco fue incapacitada en ninguna de las oportunidades en que asistió a consulta (2009, 2015 y 2016), incluso la última consulta había sido 7 meses antes de la terminación del vínculo laboral y el diagnóstico de "lesión residual de ligamento colateral medial y signos de condromalacia patelofemoral" fue posterior a la terminación del contrato, esto es de fecha 9 de agosto de 2017.

Tampoco se allegó por parte de la actora comunicación alguna dirigida a la empresa, durante la vinculación laboral, informando las enfermedades que padece o allegando recomendaciones médicas para prestar sus servicios, ya que lo único que se observa al respecto, es el derecho de petición de fecha 17 de febrero de 2017 (fl 71 a 84) esto es, posterior a su desvinculación y la respuesta de MEDPLUS (fl. 85) en la que la empleadora le manifiesta "Igualmente es preciso aclararle que MEDPLUS

MEDICINA PREPAGADA S.A. en calidad de empleador desconoce el presunto estado de salud en que se encuentra...” y que en “el examen médico ocupacional periódico que le fue realizado el 27 de agosto de 2015 no se evidencia algún tipo de patología que demuestre el presunto estado de debilidad...”.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que si bien los compromisos internacionales del Estado, buscan identificar con precisión alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano o largo plazo, que en realidad dificulte la prestación del servicio, es decir, una afectación relevante al estado de salud que impida el desempeño normal de las actividades que venía ejerciendo el trabajador, para que de esta manera sea objeto de protección en el empleo, lo cierto es, que en este caso, no se acreditó tal situación y en consecuencia no procede el reintegro.

Como consecuencia, tampoco proceden las demás inconformidades de la parte recurrente, por lo que habrá de confirmarse la decisión de primera instancia.

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

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte actora. 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 16 de setiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Las de primera se confirmar. Las de alzada estarán a cargo de **la parte actora**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



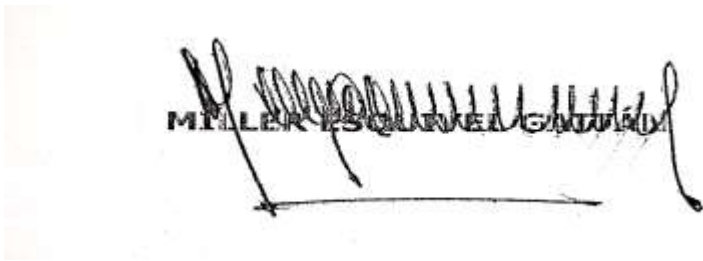
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

MAGISTRADO



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

MAGISTRADO



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

MAGISTRADO
SALVA VOTO

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 EDGAR HERNÁN DUARTE CORREDOR
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES. Rad. 2020 – 00063 01. Juz. 32.**

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 proferir la siguiente

SENTENCIA

EDGAR HERNÁN DUARTE CORREDOR demandó a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 1 del expediente físico (expediente híbrido).

DECLARATIVAS

- Se declare que el actor se desafilió del sistema pensional el 21 de noviembre de 2018 cuando solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de su pensión de vejez.
- Se declare que COLPENSIONES debe reconocer el retroactivo pensional causado desde el 1º de junio hasta el 31 de agosto de 2019.
- Se declare que COLPENSIONES debe reconocer los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CONDENATORIAS

- Se condene a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional desde el 1º de junio hasta el 31 de agosto de 2019.
- Se condene a COLPENSIONES al pago de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 1 y 2 (expediente físico). Que nació el 16 de octubre de 1956 y el 21 de noviembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez cuando había cotizado hasta el ciclo del mes de enero de 2019.

El 13 de agosto de 2019 le notificada la Resolución SUB 217145 de la misma fecha mediante la cual COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a partir del 1º de septiembre de 2019 y no desde el 1º de junio de 2019, fecha desde la cual tiene

derecho al reconocimiento de la prestación en virtud de que su retiro se hizo efectivo el 1º de junio de 2019.

El 25 de septiembre de 2019 fue notificado de la Resolución SUB 254456 del 17 de septiembre de 2019 que resolvió el recurso de reposición y confirmó la Resolución anterior y el 13 de noviembre de 2019 COLPENSIONES notificó la Resolución DEP117117 del 22 de octubre de 2019 que resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión inicial.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad y notificada la accionada y a la AGENCIA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado correspondiente, **COLPENSIONES** contestó la demanda en los siguientes términos: (fls. 54 a 61)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos de la demanda salvo la fecha de desafiliación al sistema pensional.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, improcedencia de los intereses moratorios, prescripción 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 8 de marzo de 2022 en la cual declaró probada la excepción de improcedencia de los intereses moratorios y declaró que el demandante EDGAR HERNÁN DUARTE CORREDOR tiene derecho al reconocimiento y disfrute de su pensión de vejez a partir del primero de junio de 2019. Condenó a COLPENSIONES a pagar al demandante el retroactivo pensional causado entre el primero de junio y el 31 de agosto de 2019, en cuantía de \$7.376.217.00 debidamente indexado y autorizó el descuento de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud a que haya lugar y condenó en costas a COLPENSIONES.

El A-quo señaló en la sentencia, que el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el 21 de noviembre de 2018 y que le fue reconocida mediante Resolución SUB217145 del 13 de agosto de 2019 contra la que se interpusieron los recursos de ley respecto de la fecha de disfrute de la pensión, para que se reconociera a partir del 1º de junio de 2019, lo que no prosperó con fundamento en que no obraba la novedad de retiro del sistema y que incluso obraba una cotización para el ciclo 09 de 2019 con Colombiana de Temporales Sociedad Anónima, por lo que se reconoció a corte de nómina. Que con el escrito de demanda se allegó el reporte de semanas cotizadas actualizado al 13 de agosto de 2019 en el que se puede verificar como última cotización la del mes de mayo de 2019 sin novedad de retiro y el actualizado al 12 de agosto de 2020 aparece una cotización correspondiente al mes de septiembre de 2019 con la observación “no vinculado, está pensionado”.

Tuvo en cuenta que al momento del reconocimiento la pensión no se había registrado la desafiliación del sistema, por lo que operaba la desafiliación tácita conforme a la sentencia SL5603 de 2016 cuyos requisitos que se cumplen en este

caso, por lo que se debía tener en cuenta que cotizó hasta mayo de 2019 y que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial determinó que era procedente el reconocimiento de la pensión desde el 1º de junio de 2019, por lo que debía reconocerse el retroactivo y el pago de las mesadas causadas desde el 1º de junio al 30 de agosto de 2019 por valor de \$7.376.217, valor del que se deben descontar los aportes a seguridad social en salud que correspondan.

Respeto de los intereses de mora consideró que no había lugar a ellos, pues si bien la jurisprudencia los ha reconocido, lo cierto es que COLPENSIONES actuó con apego a la norma vigente para la época, por cuanto era el empleador quien debía informar la novedad de retiro para que COLPENSIONES revaluara la decisión; en su lugar ordenó el pago de la indexación del retroactivo generado. Declaró probada la excepción de improcedencia de intereses moratorios y no probadas las demás excepciones y condenó en costa a COLPENSIONES.

Recurso de apelación

La parte actora.- Interpuso recurso de apelación respecto de los intereses moratorios, para lo que argumentó que la condena no se hubiera dado si no se hubiera presentado la demanda correspondiente, porque COLPENSIONES no observó que las cotizaciones fueron hasta el mes de mayo de 2019 no obstante las solicitudes presentadas, por lo que considera que proceden los intereses conforme a la jurisprudencia.

Parte demandada.-

COLPENSIONES apela respecto a la condena en costas por considerar que, si bien se opuso a las pretensiones de la demanda; en la etapa conciliatoria propuso fórmula conciliatoria que no fue aceptada por la parte actora y la decisión de primera instancia terminó siendo igual la propuesta por su representada.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Hizo un recuento de los hechos de la demanda y de las actuaciones procesales con el fin de recalcar que si procede el pago de intereses moratorios por el tiempo en que debió ser reconocida la prestación a favor del actor y el tiempo que ha transcurrido a lo largo del proceso.

Parte demandada: Reiteró los argumentos expuestos 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 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".

Reclamación Administrativa

Se dio cumplimiento al requisito establecido en el artículo 6º del Código Procesal del Trabajo como se desprende de los folios 15 a 47 contentivos de la Resolución SUB217145 de reconocimiento pensional y de los recursos presentados respecto de la fecha de disfrute de la prestación y el correspondiente retroactivo pensional.

Del estatus de pensionado.

Al demandante se le reconoció la pensión de vejez, con la resolución SUB 217145 del 13 de agosto de 2019 en la cual se reconoce la pensión de vejez al demandante a partir del 1º de septiembre de 2019 en la que se tuvo en cuenta que conforme a la historia laboral no se había presentado la novedad de retiro, por lo que la pensión se hizo efectiva a corte de nómina, esto es a partir del 1º de septiembre de 2019.

Retroactivo

Solicita la parte actora se reconozca el retroactivo pensional correspondiente al periodo comprendido entre el 1º de junio y el 31 de agosto de 2019

Sobre este particular el artículo 13 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el artículo 1º del decreto 758 del mismo año, señala:

ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.” (Subrayado fuera del texto)*

Según la anterior disposición, solo se puede entrar a disfrutar de la pensión reconocida cuando se acredite el retiro del servicio.

En relación con esta circunstancia Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL534 de 2020. ha indicado lo siguiente:

“...esta Sala ha admitido algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, como sucede cuando de la conducta del afiliado, se colige su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, pues, en esos casos, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del mismo, ya que el trabajador no asume la omisión del empleador (sentencia CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605, CSJ SL4611-2015 y CSJ SL5603-2016).

Entonces, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el disfrute de la pensión, la Corte ha sostenido la necesidad de revisar el caso particular, como lo sostuvo en la sentencia CSJ SL5603-2016:

(...)

En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a

soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.”

En este caso, si bien es cierto que el retiro del sistema es requisito sine qua non para el disfrute efectivo del derecho pensional y que esta novedad no fue comunicada por el empleador; no es menos cierto que la última cotización realmente efectuada fue para el periodo de mayo de 2019 y que la solicitud de reconocimiento pensional fue presentada el 21 de noviembre de 2018 conforme a la Resolución vista a folio 15, por lo se concluye que nada impedía a la demandada realizar el estudio de la acreditación de requisitos, teniendo en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada y en consecuencia es procedente el reconociendo del retroactivo pensional desde el 1º de junio hasta el 31 de agosto de 2019, toda vez que la pensión se hizo efectiva a partir del 1º de septiembre de 2019, como en efecto se reconoció en la sentencia recurrida.

Parte actora.- Intereses de mora. – Respecto a los intereses de mora deprecados por la parte actora, se tendrá en cuenta lo que al respecto ha señalado la sentencia SL-2084 de 2021, donde expresó:

"En sede casacional se dijo que respecto de la condena de intereses moratorios esta no procedía en virtud de que se impetraba en relación con el reajuste y no con el reconocimiento de mesadas; no obstante, lo cierto es que dicho criterio jurisprudencial viró al dictarse la sentencia CSL SL3130-2020 del 19 de agosto de la anualidad pasada, para considerarse que no existe una razón jurídica objetiva para negar la procedencia de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 cuando se trata de reliquidación de la pensión, pues eso no es lo que se deriva de la norma interpretada de manera racional y lógica.”

En este sentido, sería procedente aplicar el último criterio antes mencionado e imponer una condena por concepto de intereses moratorios como lo pretende el recurrente; sin embargo también es necesario tener en cuenta las sentencias CSJ SL1092-2021, CSL SL1167-2021, SL1388-2021, CSL SL1399-2021 y CSL SL1422-2021 según las cuales, cuando el reconocimiento del derecho se produce en atención a un cambio jurisprudencial, como ocurre en el sub examine, no resulta factible emitir decisión favorable.

Así las cosas, como se observa que la sentencia que modificó la posición respecto a los intereses moratorios fue del 19 de agosto de 2020 y las resoluciones en el caso en estudio fueron expedidas en agosto, septiembre y octubre de 2019, es decir con anterioridad al cambio de jurisprudencia, no es procedente imponer dicha condena y en su lugar, resulta adecuada la condena al pago de la indexación de las sumas adeudadas, como en efecto lo dispuso el A-quo.

Parte demandada.- Costas.- Argumenta que si bien se opuso a las pretensiones de la demanda; en la etapa conciliatoria propuso fórmula conciliatoria que no fue aceptada por la parte actora y la decisión de primera instancia terminó siendo igual la propuesta presentada para conciliación.

Sobre el particular 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, y si bien es cierto que propuso fórmula para conciliar, también lo es que no se allanó a la demanda y por el contrario se opuso a las pretensiones de la parte actora y propuso excepciones de fondo, razón por la cual procede la condena en costas.

Conforme a lo expuesto se **confirmará** la sentencia recurrida.

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 8 de marzo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS se confirma la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia.

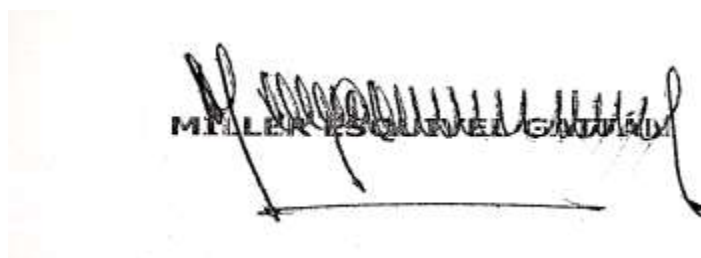
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GONZALEZ

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 LEIDY JOHANNA POVEDA PELÁEZ
CONTRA SEGURIDAD Y VIGILANCIA GARBELL LTDA. Rad: 2019-00269-01**

En Bogotá D.C., a los quince días (15) de Septiembre 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

LEIDY JOHANNA POVEDA PELÁEZ demandó a **SEGURIDAD Y VIGILANCIA GARBELL LTDA** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 3 y 4 de la demanda y folio 36 de la subsanación de la carpeta de primera instancia del expediente digital.

- Reconocimiento y pago de prestaciones sociales y vacaciones.
- Sanción por no pago de cesantías.
- Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. consistente en el pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria a partir del 19 de agosto de 2016 y hasta la fecha en que se pague la obligación (Nral. 6 fl. 4)
- Indexación
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 y 4 de la demanda y folio 36 de la subsanación (Archivo 001) del expediente digital. Celebró un contrato de trabajo

con Seguridad y Vigilancia Garbell Ltda., el 10 de abril de 2016 que finalizó el 19 de agosto de 2016, con un salario promedio mensual de \$1.140.000 que incluía horas extras y auxilio de transporte, durante el cual se desempeñó como guarda de seguridad prestando sus servicios bajo continua subordinación y disposición de Seguridad y Vigilancia Garbell Ltda.; sin que, al finalizar la relación laboral, la empresa pagara la liquidación final de prestaciones sociales.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de esta ciudad el 28 de mayo de 2019 (fl. 53) del expediente digital se ordenó el emplazamiento de la demandada por auto del 20 de agosto de 2019 (fl. 66) y se designó curador Ad-Litem. Una vez efectuado el emplazamiento (fls. 73 y 74), notificado el auxiliar de la justicia y corrido el traslado correspondiente, contestó la demanda el Curador Ad-Litem en los términos que se observan en el archivo 05 del expediente digital

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos, en su calidad de curador, declaró que no le consta ninguno de ellos.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de septiembre del 2021 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró que entre **LEIDY JOHANA POVEDA PELÁEZ** en condición de trabajadora y **SEGURIDAD Y VIGILANCIA GARBELL LTDA.** en condición de empleadora, existió un contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 10 de abril y el 19 de agosto del año 2016, durante el que la actora se desempeñó como guarda de seguridad percibiendo una asignación mensual de un salario mínimo legal mensual vigente. Condenó a la sociedad **SEGURIDAD Y VIGILANCIA GARBELL LTDA.**, a pagar a la demandante **LEIDY JOHANA POVEDA PELÁEZ**, las siguientes sumas y conceptos:

- a) \$277.028 por auxilio de cesantías.

- b) \$66.486 por intereses a las cesantías, incluida la sanción por el no pago de los mismos.
- c) \$277.028 por primas de servicios.
- d) \$124.000 por compensación de vacaciones en dinero
- e) \$22.981 a partir del 20 de agosto del año 2016 y hasta cuando se paguen las acreencias prestacionales en los términos del Artículo 65 del C.S.T.

Declaró no aprobados los medios exceptivos propuestos por la demandada y la condenó al pago de las costas del proceso

Llegó a esta determinación al encontrar demostrado conforme a la prueba documental el cumplimiento de los requisitos del artículo 23 del C.S.T. por lo que declaró que entre las partes existió un contrato laboral a término fijo con fecha de inicio el 10 de abril de 2016 (folios 9 a 12).

En cuanto a los extremos temporales del contrato de trabajo tuvo como fecha de inicio el 10 de abril de 2016 y al ser de modalidad fija, con vigencia de 3 meses, se había prorrogado al no haber escrito de terminación de contrato de trabajo, como lo dicta el artículo 47 C.S.T. y como la parte actora manifestó en la demanda que la relación laboral terminó 19 de agosto de 2016, por deducción, tomó esta como extremo final del contrato de trabajo.

En cuanto a la asignación salarial tuvo en cuenta el SMMMMLV del año 2016, esto es, la suma \$689.455, que se consigna como remuneración básica en el contrato, como quiera que no hay prueba alguna de que el salario de la demandante ascendiera a la suma de \$1.140.000.

En cuanto a la prescripción, al tenor de los artículos 488 y 489 del C.S.T. y artículo 151 del C.P.T., señaló que la prescripción de los derechos sociales se interrumpió con la presentación de la demanda y con la audiencia de conciliación el 20 de febrero del año 2017, por lo que no prosperaba esta excepción, razón por la que impuso las condenas ya descritas y declaró no probadas las demás excepciones propuestas.

Recurso de Apelación

La parte demandada mediante curador ad Litem, manifestó su inconformidad parcial respecto de la sentencia y solicitó se revoque la condena al pago de la indemnización

moratoria en la forma decretada, por cuanto la acción judicial se presentó después del mes 25, por lo que procedía únicamente la condena al pago de intereses moratorios.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Solicitó en síntesis la confirmación de la decisión en razón a que se encuentran demostrados los hechos descritos en la demanda, por lo que no hay lugar a modificación alguna.

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"*.

Lo primero a tener en cuenta es que no fue objeto de controversia la existencia de la relación laboral, los extremos, ni las condenas impuestas por concepto de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, primas de servicios, ni vacaciones y tampoco respecto de la excepción de prescripción propuesta en la contestación de la demanda, que fue declarada en la sentencia.

El único punto de inconformidad, es respecto de la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto considera el recurrente que la demanda se presentó después del mes 25 de la terminación del vínculo laboral. Según lo aceptado por la parte actora, ello sucedió el 19 de agosto de 2016 por lo que se tiene en cuenta que la demanda se presentó el 8 de abril de 2019, conforme al acta de reparto vista a folio 32 del archivo 1, es decir, que la demanda se presentó 31 meses 19 días después de terminada la relación laboral.

Respecto a la liquidación de la sanción o indemnización moratoria dice el artículo 65 del C.S.T. lo siguiente:

«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, 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.»

El día de salario por cada día de retardo se paga hasta 24 meses. Si transcurridos 24 meses el empleador no ha pagado, a partir de esa fecha paga intereses moratorios a la tasa que certifique la superintendencia financiera para los créditos de libre asignación.

En cuanto a la diferencia de reclamar antes o después de 24 meses de terminado el contrato, es de tener en cuenta que, si se demanda antes de los 24 meses de terminado el contrato, se paga un día de salario por los primeros 24 y meses e intereses moratorios luego de los 24 meses; pero si la demanda se presenta después de los 24 meses, el trabajador sólo tiene derecho al pago de intereses moratorios, los que se pagan desde la finalización del contrato de trabajo.

Así lo expresó la Corte Suprema de Justicia en sentencia Rad. 70066 del primero de agosto de 2018 donde indicó:

*«En torno a esta disposición, esta Sala de la Corte ha adoctrinado que la sanción moratoria por el pago deficitario o impago de los salarios y prestaciones está sometida a dos reglas: (1) cuando el trabajador interpone la demanda laboral dentro de los 24 meses siguientes a la fecha de terminación del contrato de trabajo, el empleador debe reconocer una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retado hasta por 24 meses, vencidos los cuales se causan intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta la fecha en que se verifique el pago; **(2) si, por el contrario, la***

demanda se promueve después de 24 meses de haber finalizado el contrato de trabajo, el empleador solo puede ser condenado al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera causados a partir de la rescisión del vínculo.» (negrillas fuera de texto)

Así las cosas, como en el caso en estudio la parte actora presentó la demanda después de 24 meses de haber finalizado el contrato, le corresponde únicamente el pago de los intereses moratorios, que se imponen como una sanción al trabajador por la demora en recurrir a la justicia y en consecuencia, le asiste razón a la parte recurrente, motivo por el que se modificará el literal E) del ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que la condena al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. será por intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, causados a partir de la terminación del vínculo y sobre el valor de las acreencias adeudadas a que fue condenada la demandada y no por la suma de \$22.981 a partir del 20 de agosto del año 2016 como allí se indicó.

Conforme a las consideraciones anteriores se modifica el literal e) del ordinal segundo de la decisión de primera instancia en la forma antes indicada y se confirma en lo demás.

COSTAS

Las de primera 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. – MODIFICAR el literal e) del ordinal segundo de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que en lugar de condenar la

indemnización moratoria a razón de \$22.981 a partir del 20 de agosto del año 2016, esta condena se impone por los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera causados a partir de la finalización del vínculo 20 de agosto de 2016, sobre las sumas a que fue condenada la demandada, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Se confirma en lo demás la sentencia recurrida.

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

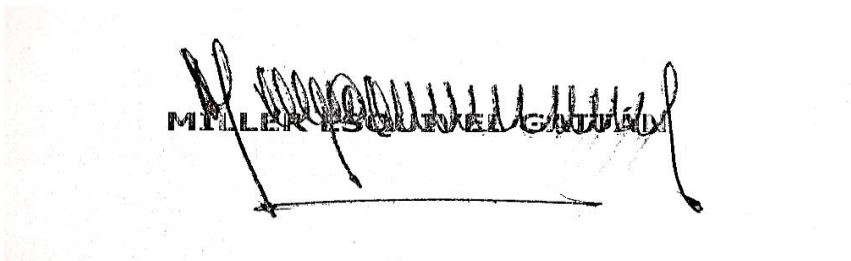
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

SALVÓ VOTO

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 FERNANDO ARANGO BOTERO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 2021 – 00455 01 Juz. 39.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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

FERNANDO ARANGO BOTERO 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 folio 3 a 4 del archivo 01 del expediente digital.

- Se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada por el actor del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD en el mes de diciembre de 1999
- Se ordene a la AFP PROTECCION S.A. retornar todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado al RPM administrado por COLPENSIONES.
- Se ordene a COLPENSIONES, recibir en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al actor y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 1 y 2 del archivo 01 del expediente digital. Desde el 28 de febrero de 1986 hasta el 30 de noviembre de 1999, el señor FERNANDO ARANGO BOTERO estuvo afiliado al Instituto del Seguro Social y para el 30 de noviembre de 1999 acumulaba un total de 615.71 semanas cotizadas. En el mes de diciembre de 1999, cuando laboraba en la empresa automotriz Interamericana S.A., el asesor de la AFP PROTECCION S.A. le aseguró que el Instituto del Seguro Social se acabaría, perdiendo lo cotizado hasta el momento, que en el fondo tendría mejores rendimientos y podría pensionarse en el momento en que quisiera, pero no le informaron sobre el derecho de retracto que le asistía. Que el señor FERNANDO ARANGO BOTERO, tiene un total de 1.720 semanas cotizadas a febrero del 2018 y que el 23 de junio de 2021 radicó derecho de petición con radicado 2021_7111493, ante COLPENSIONES, solicitando se declarara la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y como consecuencia que se retornara al régimen de prima media con prestación definida, sin respuesta por parte de COLPENSIONES. Que, el día 23 de junio de 2021, radicó derecho de petición ante la AFP PROTECCION S.A. solicitando la nulidad de la afiliación y mediante oficio del 08 de julio de 2021 la AFP PROTECCION S.A. dio respuesta comunicándole que “No resulta jurídicamente procedente, máxime si se tiene en cuenta que tal facultad se encuentra reservada única y exclusivamente a los Jueces de la República”.

Que la AFP PROTECCION S.A. realizó la simulación pensional en la que le manifestaron que para cuando cumpliera los sesenta y dos (62) años el valor de la mesada sería de \$1.487.158 y en la simulación pensional en el régimen de prima media obtendrá una mesada pensional equivalente a la suma de \$3.669.771

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad el 15 de diciembre de 2021, notificadas las demandadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, corrido el traslado respectivo; las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto en el archivo 4 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó la afiliación inicial a COLPENSIONES el número de semanas cotizadas y la reclamación presentada ante COLPENSIONES respecto a la anulación de traslado, así como la respuesta negativa. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos
- Formuló como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, actos de relacionamiento, inexistencia del derecho a 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 la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** En los términos del escrito visible en el archivo 11 del expediente digital, contestó la demanda de la siguiente manera:

- Se opuso a todas las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la prueba documental que se anexó con la demanda como la afiliación y la nulidad de traslado
- 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, reconocimiento de restitución en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe 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 7 de abril de 2022 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que resolvió declarar que el traslado que hizo el señor FERNANDO ARANGO BOTERO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PROTECCIÓN S.A. con efectividad a partir del 01 de diciembre de 1999, es ineficaz y, por ende, no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del

régimen de prima media. Ordenó a PROTECCIÓN S.A. a transferir al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, éstas últimas debidamente indexadas, durante el tiempo que se encontraba afiliado 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 recibir los dineros a los cuales se ha hecho referencia y reactivar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Informó a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, por parte de PROTECCIÓN S.A. Condenó en costas a Protección S.A.

Llegó a esta determinación al considerar que el formulario de afiliación no es prueba suficiente y que conforme al interrogatorio absuelto por la parte demandante se estableció que desconocía las desventajas del traslado de régimen y que se hizo el traslado por manifestación de su empleador, lo que no exoneraba a la AFP demandada de cumplir con la obligación de suministrar la información, por lo que la suscripción del formulario no acreditaba un consentimiento informado y respecto a lo indicado en los hechos de la demanda consideró que el demandante tuvo una información en una reunión general y que no se indicaron las características de los regímenes por lo que no podía conocer la conveniencia o inconveniencia del traslado que había realizado en su caso en particular, cuando tenía más del 50% de las semanas de cotización para adquirir el derecho en el momento en que se trasladó. Respecto de la asesoría enviada al correo electrónico del demandante, indicó que la demandada sabía que el actor cumpliría la edad para el retorno un día después, esto es, el 4 de septiembre de 2013 y además el formato dice 20 de septiembre de 2013 y no se anexó archivo alguno respecto a la proyección que debía hacerse, por lo que no era válida dicha asesoría, máxime cuando no se acreditó que hubiera llegado al correo del demandante. Declaró la ineficacia del traslado, la devolución de los aportes rendimiento y gastos de administración y declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

Recurso de Apelación

Demandante: No interpuso recurso.

Demandadas:

PROTECCIÓN S.A. - Argumentó que la devolución de los gastos de administración debe revocarse porque dichos dineros son descontados por mandato normativo y se genera al demandante un beneficio a través de los rendimientos que son mayores a los que podría haber obtenido en el RPM; que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual del demandante y causan un enriquecimiento sin justa causa.

COLPENSIONES. - Manifestó que el demandante se encuentra dentro de la prohibición del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y no logró acreditar vicio de consentimiento y no hizo uso del derecho al retracto pues tenía un plazo para regresar al RPM y durante más de 20 años contó con diferentes oportunidades y medios para acercarse a obtener la asesoría. Que se afecta la sostenibilidad del sistema del cual el demandante va a gozar de beneficios de los cuales no es acreedor y en caso de que no se acepte su recurso, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución de las sumas ordenadas en la sentencia y solicita no se condene en costas en segunda instancia pues no existió acción u omisión de COLPENSIONES en relación con el traslado del demandante.

Alegatos ante este Tribunal (Art. 13. Ley 2213 de 2022)

Parte demandante: Indicó que se debe confirmar la decisión porque no se demostró por parte del fondo privado que haya brindado la información oportuna y suficiente al momento del traslado de régimen, por lo tanto, la declaratoria de ineficacia es procedente.

Parte demandada:

PROTECCIÓN: Guardó silencio.

COLPENSIONES: Expuso que el demandante está inmerso en la prohibición de la Ley 797/2003, que no se acreditaron vicios del consentimiento al momento del traslado, que la carga de la prueba también recaía en el demandante y no la cumplió, que no se demostró que el fondo privado haya faltado al deber de información y,

que con la declaratoria de ineficacia se genera una descapitalización del sistema general de pensiones, por lo que debe revocarse 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 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 115 del archivo 01 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES respecto a la nulidad del traslado de régimen, radicada el 23 de junio de 2021, 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 afiliado al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación con COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 19 de octubre de 1999, tal como se denota del formulario de afiliación que reposa a folio 122 del archivo 01, 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 en los hechos de la demanda alega que se debe declarar nulo o ineficaz 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 lo que era necesario para tomar una decisión consciente. Al respecto, si bien el demandante diligenció una solicitud de vinculación al RAIS por intermedio de

COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 19 de octubre de 1999, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, 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 conecedor 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 a que la AFP suministrara información veraz y suficiente, en la cual se dejaran 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 Villegas² 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.

¹ **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)

² *"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 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 generó un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, 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 proyectara, 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. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento y cuya carga correspondía a la AFP demandada.

³ *"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"*

⁴ *"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"

El demandante manifestó en el interrogatorio de parte que tuvieron una reunión muy rápida de todo el personal y el gerente les dijo que por orden gubernamental tenían que cambiarse a los fondos de pensiones y que no recibió información del tema pues la asesora les dijo que el ISS se acababa y que en adelante lo manejarían los fondos; que se pensionaban a una menor edad por orden del gobierno, que sería más o menos a los 50 años, pero no que existiría una diferencia económica o alguna otra información y que la entidad donde laboraba no podían tener dos personas; una para fondos privados y otra para el ISS; y que si no aceptaban se terminarían los contratos y por eso firmó el traslado. Que posteriormente una jefe suya le dijo que debía cambiarse de fondo porque no le era conveniente.

De lo anterior se puede concluir que no se suministró al demandante una información clara, concreta para su caso en particular y suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, en la cual quedaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación que suscribió con las AFP, pues lo que se observa es una total desinformación sobre los requisitos para pensionarse tanto del RAIS como del RPM, y ello permite concluir que no se le dio una información real y concreta; además de que no se le indicó la posibilidad que tenía de volver al RPM ni la edad hasta la cual tenía esta opción ni se le indicaron las opciones para su caso en particular a fin de establecer cuál era la mejor, ya que para entonces había cotizado más de la mitad de las semanas que se requerían para la época; lo que demuestra que la información suministrada no fue real y concreta para su caso y por tanto tampoco suficiente toda vez que no le indicaron cuáles eran los aportes que debía realizar y el capital que necesitaría ahorrar para obtener la pensión.

Por lo anterior, una vez verificada la declaración rendida por el actor y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. no demostró haber expuesto 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 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, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS, sin que se le pueda endilgar obligación alguna al demandante, pues la obligación se encontraba en cabeza de la AFP demandada.

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 Calderón⁵, 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 precisó 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, que argumenta COLPENSIONES en su recurso, 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 vinculado antes del

⁵ “ 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).

traslado al RAIS, por lo que procede la declaratoria de la ineficacia del traslado y la devolución a COLPENSIONES de los aportes con sus rendimientos y las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional, contrario a lo indicado por la recurrente PROTECCIÓN S.A. en su recurso.

Al respecto, 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 parte 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 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 y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público, como se indica en la sentencia SL2877-2020:

“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, donde 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 cuanto a la condena en costas en esta instancia, es necesario tener en cuenta que estas se imponen a quien resulta vencido en el proceso o recurso, razón por la que por haber interpuesto recurso de apelación tanto COLPENSIONES como la AFP PROTECCIÓN y resultar vencidas en esta instancia, se impondrá condena en costas a las dos recurrentes.

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 **PROTECCION S.A.** y **COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

DECISIÓN

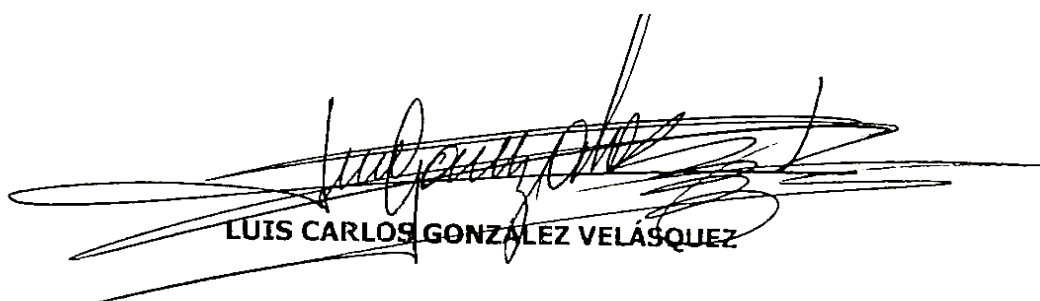
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el siete (7) de abril de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Treinta y Nueve 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 las recurrentes **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una de ellas.

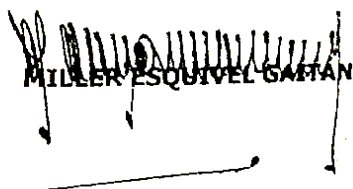
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA
DE SALUD S.A. CONTRA LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y
PROTECCIÓN SOCIAL y ADRES. Rad. 2014 – 00622 01. Juz. 23.**

En Bogotá D.C., a los quince (15) días de septiembre 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

ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., demandó a LA NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 1 a 42.

PRINCIPALES

- Se declare que LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL es responsable por los perjuicios ocasionados a ALIANSALUD por el no pago de los recobros por la prestación de servicios de salud NO POS autorizados por fallos de tutela o por el Comité Técnico Científico
- Se condene a la demandada al pago de los perjuicios ocasionados por concepto de daño emergente representados en el valor no pagado de los servicios de salud NO POS como consecuencia de las glosas improcedentes aplicadas a los recobros presentados consistentes en 2307 registros glosados por un valor total de \$1.868.636.176 que se relacionan a folios 2 a 41
- Se condene a la demandada al pago de los intereses de mora liquidados sobre el valor de cada uno de los ITEMS contenidos en la demanda desde el momento en que debieron ser pagados conforme al artículo 4º del Decreto Ley 1281 de 2002
- Costas

SUBSIDIARIAS

- Se declare el enriquecimiento sin justa causa de la demandada como consecuencia de la falta de pago de las prestaciones de servicios de salud no incluidas dentro del POS que se relacionan en la demanda
- Se condene a la demandada al pago de los perjuicios ocasionados a ALIANSALUD por concepto de daños emergente representado en el valor no pagado por los servicios de salud NO POS como consecuencia de las glosas improcedentes aplicadas a los recobros presentados
- Se condene a la demandada al pago de los intereses de mora de que trata el artículo 4º de la Ley 1281 de 2002

- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 42 a 103 que por lo extensos se resumen de la siguiente manera: Señala que conforme a la ley, la UPC no cubre ni remunera los servicios del POS ni tampoco los gastos que se requieren para la administración de dichos servicios ni su financiamiento temporal, cargas ajenas a la función de aseguramiento, por lo que las prestaciones NO POS deben ser asumidas en principio por el afiliado o de forma subsidiaria por el Estado, como la indicado la Corte Constitucional en sentencia C-828 de 2001

La Corte Constitucional ha señalado que las EPS tienen el derecho constitucional de obtener el reembolso de los pagos por concepto de servicios NO POS ente el FOSYGA.

Que el MINISTERIO DE SALUD habilitó a los Comités Técnico Científicos para autorizar medicamentos NO POS lo cual fue reiterado mediante la Ley 1122 de 2007 y la Ley 1281 de 2002 fijó las reglas para los recobros y en el artículo 4º estableció los intereses de mora en caso de incumplimiento.

Durante la vigencia del Acuerdo 8 de 2009 de la CRES, es decir, entre el 1º de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2011 suministró los servicios NO POS, los pagó al respectivo proveedor y presentó los recobros ante el FOSYGA, los que fueron glosados de manera total por considerar erradamente que los servicios suministrados por ALIANSALUD a los pacientes estaban cubiertos por el POS y por lo tanto no eran recobrables al FOSYGA.

Actuación Procesal

Una vez resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria el conflicto de competencia en providencia del 11 de agosto de 2014 en que se ordenó remitir el expediente al Juzgado Laboral, se asumió el conocimiento por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito quien mediante auto del 1º de julio de 2015 admitió la demanda y una vez notificada la demandada y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se corrió el traslado respectivo.

LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL contestó la demanda en los términos del escrito visible a fls. 411 a 434.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó que la EPS ALIANSALUD presentó ante el FOSYGA el recobro de las facturas que son objeto de la demanda y que una vez surtida la auditoría integral fueron devueltas a la EPS recobrante y negó o manifestó que no le constaban los demás.
- Formuló como excepciones previas las de falta de jurisdicción y competencia, prescripción del derecho, indebida escogencia de la acción, falta de integración del litis consorcio necesario y falta de reclamación administrativa y como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y culpa exclusiva de la EPS recobrante.

Por auto del 20 de octubre de 2017 se aceptó el desistimiento parcial de las pretensiones de la demanda respecto de 24 cuentas de recobros detalladas a folio 600 a 605 y en providencia del 20 de noviembre de 2018 tuvo como sucesora procesal de la parte demandada a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES (FL. 656) y posteriormente, se presentó nuevo desistimiento parcial de las pretensiones (fl. 664 666).

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia el 22 de enero de 2021 mediante sentencia de fondo en la cual CONDENÓ a la demandada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a pagar a la demandante ALIANSALUD EPS S.A. la suma de \$1.706.703.758 correspondiente a 2112 servicios NO POS relacionados en el anexo 3 del dictamen pericial, del cual excluyó 174 servicios de enfermería (relacionados en la sentencia) y 7 servicios respecto de los cuales se determinó que no resultaba procedente su pago. La condenó al pago de la indexación de los servicios que no fueron financiados por la UPC y respecto de los cuales se ordenó el reconocimiento teniendo en cuenta el momento en que debieron ser pagados, esto es desde los dos meses siguientes a la radicación del recobro según el artículo 13 de la Resolución 3099 de 2008 del Ministerio de la Protección Social y hasta la fecha en que se realice el pago. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la demanda y la condenó al pago de las costas.

Llegó a esta determinación luego de señalar que se presentaron dos desistimientos parciales de pretensiones de la demanda que obran a folios 598 y 668 por lo que se solicita el reconocimiento y pago de una suma final de \$1.859.815.841 correspondientes a 2293 registros o recobros glosados y que fue destinada a la cobertura de servicios de salud a favor de sus diferentes usuarios, con ocasión de ordenes de tutela y autorizaciones del Comité Técnico Científico que la demanda se negó a cancelar.

Se remitió al dictamen solicitado por la EPS Alianza Salud que profirió ACS soluciones integrales que tuvo plena validez pues no fue objeto de controversia por la demandada, el cual tuvo como objeto verificar la existencia de los recobros en cuestión, que fueron materia de glosa, el motivo de la glosa, el cumplimiento de los requisitos previstos en los reglamentos, así como los soportes correspondientes, por cuanto el despacho consideró que era necesario un conocimiento técnico, por lo que los peritos procedieron a revisar cada uno de los recobros, determinando para la fecha de la prestación del servicio si los procedimientos o insumos no estaban efectivamente cubiertos por el plan de beneficios de obligatorio de salud o el POS, llamado POS verificando, si se prestó el servicio al usuario y si se cumplía en cada recobro con las condiciones para la prestación o entrega del servicio NO POS, es decir, si habían sido ordenados a través del Comité Técnico Científico o de acciones de Tutela, igualmente, si estos servicios fueron pagados por la de EPS a las IPS o proveedores y también se analizó que existiera el cumplimiento de los requisitos esenciales del recobro y que las causales de glosan notificadas por el FOSYGA estuvieran subsanadas con el fin de determinar que se cumplieran los requisitos que permitieran el reconocimiento de los dineros no cancelados, de donde se concluyó que en relación con 1923 recobros, 2262 servicios presentaron cumplimiento de los

elementos esenciales del Recobro, 24 servicios cumplieron con las causales de glosa notificadas por el FOSYGA y 7 servicios contaron con limitación documental de soporte de pago y suministro.

De acuerdo a ello, condenó al pago de la suma de \$1.706.703.758, cifra que obtuvo de descontar de la suma inicial el valor correspondiente a 174 servicios recobrados con ocasión a servicios de enfermería que fueron excluidos.

Respecto de los intereses moratorios, consideró que, de la lectura de esta norma, los intereses moratorios se causan ante el incumplimiento de plazos previstos para el pago o giros de recursos a los que hace referencia ese decreto; sin embargo en el Decreto no se estableció un plazo para efectuar el pago de las solicitudes de recobro, por lo que resultaban improcedentes.

En cuanto a la indexación de las sumas objeto de condena dado que existe pérdida del poder adquisitivo de la moneda ordenó su pago, teniendo en cuenta el momento en que debieron ser pagados, esto es, dos meses siguientes a la fecha de la radicación del recobro (art. 13 de la Resolución 3999 del 2008 y 1010 del 2008 del Ministerio de la Protección Social) y hasta la fecha en que se efectúe el correspondiente pago.

En relación con los gastos de administración consideró que no era procedente acudir a dicho mecanismo por cuanto el mismo procede cuando existe el pago de la UPC, lo cual no ocurre en el presente caso, toda vez que se trata de tecnologías que no son financiadas por dicha unidad de pago por capitación.

Respecto de las excepciones propuestas por la demandada la declaró no probadas y condeno en costas a la parte demandada.

Recurso de apelación

Parte demandante: Indicó que los servicios de cuidador excluidos de los recobros (174) son servicios NO POS, que, si bien los presta un profesional de la salud, ello no implica que estén cubiertos en el plan obligatorio, por lo tanto, debe tenerse en cuenta dicha situación y ordenar el recobro de estos.

Por otro lado, manifestó que debió indicarse el número de cuenta del cual se ordenaba el recobro, porque hay ítems que se repiten hasta cinco veces y si bien se sabe el valor, sería mejor que se relacionara también a que cuenta de cada ítem hace referencia.

Respecto de los intereses moratorios adujo que, procedía el pago por los recobros reclamados oportunamente, por cuanto en diversos pronunciamientos del Tribunal ha considerado que se deben pagar los mismos, criterio también mencionado por la Sala de Consulta y Servicio civil del Consejo de Estado.

Parte demandada: Indicó que los recobros ordenados no cumplen con los mandatos legales, que las terapias "ABA" no deben ser asumidas con recursos de la salud y las que si deben ser asumidas con dichos recursos ya están cubiertas en el POS, también, que los tratamientos experimentales que se establecen en los acuerdos tampoco pueden ser cubiertos con recursos de la salud, además que son ordenados por personal que no corresponden al área de salud. Sobre el tema de los

cuidadores adujo que tampoco deben ser cancelados con recursos de la salud ya que no son servicios médicos.

Respecto de la prescripción explicó que no puede aplicarse la regla general del Art. 151 del CST sino también evaluar la naturaleza de lo que se pretende recobrar, por lo que debe aplicarse la prescripción de dos años del CPACA.

Por último, dijo que no es procedente la condena en costas, así como tampoco ordenar la indexación de las sumas reconocidas.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Hizo un recuento de las actuaciones llevadas a cabo en el plenario, de las pruebas recaudadas, de las consideraciones del A quo, relacionó las 174 pretensiones que no fueron reconocidas en la decisión de primera instancia, a fin de indicar que de dichas pretensiones si procedía el reconocimiento, porque son servicios de cuidador que no están cubiertos por el POS, independiente de que hayan sido prestados por personal de salud no se pueden catalogar como servicios de enfermería. Sobre los intereses de mora indicó que conforme al Decreto Ley 1281 de 2002 si procede el pago de los mismos, en concordancia con diversos pronunciamientos del Consejo de Estado.

Hizo un análisis de la apelación de la demandada, en especial lo referente a la prescripción, para indicar en conclusión que, ninguno de los recobros presentados en la demanda se encuentra prescrito, por lo que solicitó la revocatoria parcial de la decisión a fin de que se reconozca el pago de intereses moratorios y se ordene el pago de los 174 recobros excluidos.

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 actora

Servicios de enfermería excluidos de la condena. - Indicó la parte recurrente que son servicios NO POS, que, si bien los presta un profesional de la salud, ello no implica que estén cubiertos en el plan obligatorio de salud por lo que se debe ordenar su recobro.

Se entiende que la inconformidad formulada por la recurrente hace referencia a los 174 recobros que fueron excluidos de pago en la sentencia, toda vez que la parte actora no hizo referencia de manera específica a alguno de ellos.

Ahora, es necesario señalar que lo determinado en la prueba pericial que sirvió de fundamento a la sentencia de primera instancia, se encuentra en firme por falta de

interés de las partes recurrentes en manifestar dentro del término del traslado que se corrió en la debida oportunidad su inconformidad mediante solicitud de aclaración o complementación o manifestación alguna, no será de recibo lo que las recurrentes expresen en la apelación respecto del contenido del dictamen pericial.

El motivo por el cual fueron excluidos los mencionados recobros que corresponden en su totalidad a servicios de enfermería, se debe a que el juzgado indicó que estos se encontraban incluidos dentro del POS y en consecuencia cubiertos por el FOSYGA, lo que se debe determinar a la luz de la normatividad vigente para la época en que estos servicios fueron prestados si en efecto hacían parte del POS, por lo que se revisa la normatividad vigente, como lo es el Acuerdo 08 de 2009 artículo 8º que en el numeral 3 dispone:

"Atención domiciliaria: Se define como la atención que se brinda en el domicilio o residencia del paciente con el apoyo de profesionales, técnicos y/o auxiliares del área de la salud y la participación de su familia o cuidador."

Por su parte el artículo 28 del citado Acuerdo señala:

"Cobertura de atención domiciliaria. Las EPS podrán organizar la atención domiciliaria en su red de servicios como una modalidad de atención que beneficie al afiliado y mejore su calidad de vida, siempre y cuando se asegure la atención bajo las normas de calidad, adecuadas para el caso y de acuerdo con las condiciones y contenidos del Plan Obligatorio de Salud de cada régimen."

De acuerdo con estas disposiciones, la atención domiciliaria es un servicio comprendido dentro de la red de servicios y en consecuencia se trata de un servicio incluido en el POS, incluso así lo indicó la sentencia T-568 de 2014 cuando expresó:

"La jurisprudencia constitucional ha explicado que el servicio domiciliario de enfermería está incluido en la cobertura de beneficios del POS, y por tanto debe ser garantizado por las Entidades Promotoras de Salud con cargo a los recursos que perciben para tal fin..."

Así las cosas, como en el presente asunto los recobros objeto de apelación hacen referencia a servicios de enfermería que se realizaron en el domicilio de los afiliados, se trata de un servicio incluido en el plan obligatorio de salud prescritos por los médicos tratantes y en consecuencia no le asiste razón a la parte actora respecto a la exclusión de los 174 recobros ya que por tratarse de servicios de enfermería domiciliaria fueron cubiertos por el POS, como lo establece el artículo 28 del Acuerdo 008 del 2009, que se encontraba vigente al momento en que se prestaron los servicios que son objeto de controversia en esta alzada y que se encuentran expresamente relacionados en la sentencia de primera instancia y en el anexo de la tabla dinámica de Excel.

Por otro lado, manifestó la parte actora en su recurso que debió indicarse el número de cuenta, porque hay ítems que se repiten hasta cinco veces y si bien se sabe el valor, sería mejor que se relacionara también a que cuenta de cada ítem hace referencia; sin embargo, sobre este aspecto es necesario señalar que el A-quo aclaró la sentencia de primera instancia en relación con que el ítem que se excluye

corresponde al No. 1, por lo que no se hace necesario hacer nueva aclaración al respecto.

Intereses moratorios. Respecto de los intereses moratorios adujo la parte recurrente que procede el pago de los intereses por los recobros reclamados oportunamente y que en diferentes pronunciamientos del Tribunal así se ha considerado, como también por la Sala de Consulta y Servicio civil del Consejo de Estado.

Sobre este aspecto la Sala tendrá en cuenta para resolver, lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL945 del 8 de marzo de 2021 que sobre el tema explicó:

"Por tanto, si como se ha venido explicado, i) el sistema de flujo de caja regulado por el Decreto 1281 de 2001 es una herramienta creada por el legislador para garantizar la disponibilidad económica de los recursos en favor de los directos prestadores del servicio, que busca evitar la amenaza de los derechos de acceso de la población en general, por la desfinanciación y la mora en la disponibilidad de los recursos que sufren; ii) las EPS tienen derecho a recibir del Fosyga las fuentes provenientes tanto de las cotizaciones como de los aportes fiscales, para garantizar la prestación de servicios asistenciales se encuentren o no dentro del denominado plan obligatorio de salud y, iii) los intereses moratorios buscan menguar el impacto que genera la carencia de recursos oportunos y disponibles, no hay razón jurídica para comprender, como lo insiste la impugnación, que no se le pueden reclamar los últimos determinados en mencionada fuente normativa.

Insiste la Corporación, los intereses en comento buscan paliar las consecuencias de desfinanciamiento que genera el pago tardío, inclusive, cuando se trata de los procedimientos originados en los llamados recobros regulados para el particular en la Resolución No. 3099 de 2008, modificada por las 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010 y 1089 de 2011, esto es, cuando tienen como propósito reintegrar al patrimonio de las EPS lo sufragado con recursos propios, respecto de prestaciones asistenciales que deben ser asumidas por el Estado, en el marco de los artículos 48 y 49 superiores."

En la mencionada sentencia la Corte Suprema de Justicia tuvo en cuenta también lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia CE, 15 dic. 2016, rad. 11001-03-04-000-2005-00264-01, al reiterar la decisión «[...] del 29 de abril de 2010, a propósito del análisis de normas de la Resolución No. 002933 de 15 de agosto de 2006»; así como también, al ratificar el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del «[...] diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010) Radicación número: 11001- 03-06-000-2010-00086-00(2023)», concluyó que:

- i) Los intereses moratorios del artículo 4º del Decreto 1281 de 2002, tienen un carácter resarcitorio con fundamento jurídico en el principio de la responsabilidad patrimonial de la administración pública del artículo 90 de la CP.*
- ii) Un entendimiento literal de la norma, conlleva a que para la causación de aquel crédito, baste con que se trate del cumplimiento tardío en el pago o giro de recursos del sistema de salud.*

- iii) *Desde un criterio finalista del precepto, estos cumplen una función disuasiva de retrasos injustificados, para conjurar una anomalía que afecta la prestación del servicio..."*
- iv) (...)
- v) *En consecuencia, en punto a la sistematicidad de la norma y la finalidad del sistema de salud, [...] al tenor del artículo 4º del Decreto 1281 de 2002, en concordancia con los artículos 1º y 13 del mismo, que los recobros al FOSYGA por prestaciones no POS quedaron sujetos a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales..."*

Por consiguiente, como estos intereses están destinados a resarcir el retardo que afecta la materialización efectiva del servicio, razón por la cual deben reconocerse los intereses al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002, toda vez que por tratarse de recobros al FOSYGA por prestaciones NO POS se encuentran sujetos a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y por tanto habrá de revocarse la sentencia en este aspecto para en su lugar condenar a la demandada a pagar los intereses en la forma indicada.

Ahora, como la sentencia de primera instancia dispuso el pago de la indexación, la cual corresponde a la actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, mientras que el interés moratorio equivale a una suma que comprende la corrección monetaria o indexación, se revocará la condena al pago de la indexación, toda vez que en esta instancia se reconoce el pago de los intereses de que trata artículo 4º del Decreto 1281 de 2002.

Parte demandada. –

Exclusión de las Terapias Aba. -Indicó que las terapias "ABA" no deben ser asumidas con recursos de la salud.

En relación con las terapias Abba, no indicó la parte demandada recurrente cuáles de estas facturas no debías ser asumidas por los recursos de salud; sin embargo, se tiene en cuenta que las terapias ABA son un tratamiento integral para quienes padecen autismo a fin de lograr la sanación del paciente respecto de la alteración del comportamiento, especialmente infantil, que se caracteriza por un aislamiento comunicativo y emocional, de lo que se concluye que se trata de un conjunto de actividades de educación especial, habilidades conductuales, animalterapia, acuaterapia, musicoterapia y ocupacional que complementan el tratamiento integral del paciente autista, tendientes a revertir el aislamiento incapacitante y conforme a los acuerdos 08 de 2009 y 29 del 2011, no son parte del plan obligatorio de salud POS en los años 2011 y 2012 en que se presentaron los servicios objeto de recobro.

Adicionalmente, el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011 igualmente vigente al momento de la prestación del servicio que dispone:

"ARTÍCULO 154. PRESTACIONES NO FINANCIADAS POR EL SISTEMA. Son el conjunto de actividades, intervenciones, procedimientos, servicios, tratamientos, medicamentos y otras tecnologías médicas que no podrán ser reconocidas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud de acuerdo con el listado que elabore la Comisión de Regulación en

Salud –CRES–. Esta categoría incluye las prestaciones suntuarias, las exclusivamente cosméticas, las experimentales sin evidencia científica, aquellas que se ofrezcan por fuera del territorio colombiano y las que no sean propias del ámbito de la salud. Los usos no autorizados por la autoridad competente en el caso de medicamentos y dispositivos continuarán por fuera del ámbito de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Mientras el Gobierno Nacional no reglamente la materia, subsistirán las disposiciones reglamentarias vigentes”.

De esta manera, resulta claro que son servicios NO POS que pueden ser objeto de recobro, toda vez que fueron autorizadas en debida forma, como se indica en el dictamen pericial, respecto de lo que se reitera que tiene plena validez pues no fue objeto de controversia dentro de la oportunidad legal, máxime cuando en este caso su finalidad fue obtener una mejoría en el estado de salud de los afiliados y sus autorizaciones fueron allegadas correctamente, como se indicó en el dictamen pericial, con lo que se verifica que se reconocieron con fundamento en el derecho fundamental de la salud y en consecuencia procedente dicha condena tal y como lo manifestó el A-quo.

Tratamientos experimentales.- Señala que tampoco pueden ser cubiertos con recursos de la salud, además que son ordenados por personal que no corresponden al área de salud. Sin embargo, la parte demandada no indicó a cuáles recobros hacía referencia y revisado el dictamen pericial; que se reitera, no fue objeto de controversia por lo que se encuentra en firme; no se observan facturas por cuentas de cobro relacionadas con tratamientos experimentales.

Cuidadores.- Sobre el tema de los cuidadores adujo que tampoco deben ser cancelados con recursos de la salud ya que no son servicios médicos.

En relación con el servicio de cuidador es necesario tener en cuenta que está expresamente excluido del POS, conforme la Resolución número 5521 de 2013, que en su artículo [29](#) indica que la atención domiciliaria no abarca “recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores”.

Así las cosas, dado su carácter asistencial la Corte Constitucional en sentencia T-096 de 2016 ha dicho que:

“... en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad. Así, compete en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el pariente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechos lazos, la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquel convive. Con todo, si estos no se encuentran tampoco, principalmente, en la capacidad física o económica de garantizar ese soporte, el servicio de cuidador a domicilio, cuya prestación compromete la vida digna de quien lo necesita, debe ser proporcionado por el Estado”

Conforme a lo anterior, estos recobros corresponden al servicio de salud NO POS y en consecuencia es procedente su recobro, pues fueron debidamente autorizados conforme al dictamen pericial.

Prescripción. - Respecto de la prescripción explicó que no puede aplicarse la regla general del Art. 151 del CST sino evaluar la naturaleza de lo que se pretende recobrar, por lo que debe aplicarse la prescripción de dos años del CPACA.

Para resolver se ha de tener en cuenta lo dispuesto en la Resolución No. 003099 de 2008 "Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela" de la siguiente manera:

"Artículo 12. Término para presentar las solicitudes de recobro. [Artículo derogado por el artículo 25 de la Resolución 458 de 2013. Rige a partir del 1o. de octubre de 2013]"

Las entidades administradoras de planes de beneficios deberán tramitar y presentar en debida forma las solicitudes de recobro ante el FOSYGA por concepto de medicamentos y fallos de tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto-ley 1281 de 2002, dentro de los seis (6) meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

Para efectos de los recobros por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico-Científico y fallos de tutela, se tendrá en cuenta la fecha del suministro efectivo del medicamento, servicio médico o prestación de salud o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor o la fecha del fallo de tutela para el caso de recobros ordenados por decisiones judiciales.

En aquellos eventos que autoricen u ordenen prestaciones sucesivas, el plazo previsto en el Decreto-ley 1281 de 2002 se contará a partir del momento en que se suministre el medicamento, servicio médico o prestación de salud, según sea el caso, o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor.

Artículo 14. Término para radicar las solicitudes de recobro. Las entidades administradoras de planes de beneficios deberán presentar las solicitudes de recobro dentro de los quince (15) primeros días calendario de cada mes.

Aquellos recobros que, transcurrido el término de los quince (15) días calendario de radicación ante el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, se les vence el término de los seis (6) meses señalados en la presente resolución, se entenderán presentados oportunamente, siempre y cuando, su radicación se efectúe dentro de los primeros quince (15) días calendario del siguiente mes.

Artículo 20. Comunicación a las entidades recobrantes. El resultado de la auditoría integral aplicada a las solicitudes de recobro por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no POS autorizados por el Comité Técnico-Científico u ordenados por fallos de tutela debe comunicarse, por el Ministerio de la Protección Social o la entidad autorizada que se defina para tal efecto, al representante legal de la entidad indicando el estado que presenta el recobro, las causales aplicadas, así como aquellas por las cuales consideró pertinente reliquidar el valor recobrado. (...)

Igualmente, la Resolución No. 5395 del 24 de diciembre del 2013 dispone en el artículo 33 lo siguiente:

TÉRMINO PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE RECOBRO. (Artículo derogado de manera gradual en los términos del artículo 93 y 94 de la Resolución 1885 de 2018) Las entidades recobrantes deberán adelantar las etapas de prerradicación y radicación de las solicitudes de recobro ante el Ministerio de Salud y Protección Social o la entidad que se defina para el efecto, dentro del año siguiente a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda, de acuerdo a lo establecido en el artículo 111 del Decreto-ley 019 de 2012.

El citado Decreto Ley 019 del 10 de enero del 2012 “por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública” indica en el artículo 111:

TÉRMINO PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE COBRO O RECLAMACIÓN CON CARGO A RECURSOS DEL FOSYGA. El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así:

"Artículo 13. Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

A su vez el Decreto 4747 de 2007: «Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones» expresa:

"Artículo 23. Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud.

Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas.

Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley.”

Como se puede concluir de las normas citadas, ninguna de ellas regula con claridad cuál es el término de prescripción, por lo que es necesario traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado donde analizó la naturaleza de estas facturas, como lo solicita el recurrente y en sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, consideró aplicable el Código de Comercio que señala en el artículo 789 que “La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.” Y en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), señaló:

“Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como “...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”.

De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados ‘Facturas’, a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el

propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: "las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS..."

Como en el caso en estudio se observa que entre las partes procesales existió una relación comercial que llevó a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, las cuales tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilan a una letra de cambio, la acción que surge es la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, que goza de un término de prescripción de tres años y en consecuencia como las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, son títulos valores, prescriben en tres años y no como lo pretende el recurrente.

Lo anterior, es acorde con las normas de prescripción del ordenamiento laboral, jurisdicción ante la cual se tramita el presente asunto que en el artículo 151 CPT consagra un término trienal de prescripción, al igual que los artículos 13 de la Ley 1753 de 2015 y artículo 237 de la Ley 1955 de 2019, por lo que se mantendrá la decisión de primera instancia sobre el particular.

Indexación. – Como se indicó anteriormente, esta condena es improcedente toda vez que fueron reconocidos los intereses de que trata el artículo 4º de la Ley 1281 de 2002.

Costas. - Por último, dijo el recurrente demandado que no es procedente la condena en costas impuesta en primera instancia, respecto a lo que 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, razón por la que al resultar vencida en el proceso la parte demandada, procede en su contra la condena en costas.

De conformidad con lo expuesto, se **MODIFICA** la sentencia impugnada en lo relacionado con la condena al pago de la indexación, para en su lugar ordenar el pago de los intereses de que trata el artículo 4º de la Ley 1281 de 2002.

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. - MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de enero de 2021 en cuanto se revoca la condena al pago de la indexación de los valores a que fue condenada la demandada para en su lugar ordenar el pago de los intereses de que trata el artículo 4 de la Ley 1281 de 2002, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - : Se confirma en lo demás la sentencia objeto de alzada.

TERCERO.- 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.

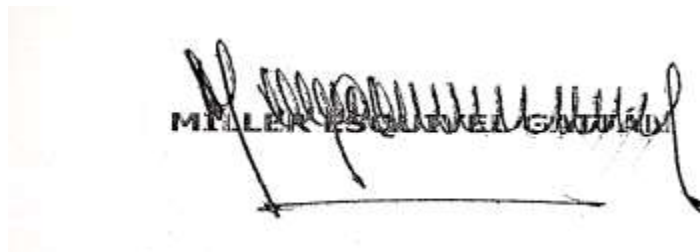
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

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 MARGARITA VARGAS PINZÓN
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS
COLFONDOS, y AFP PROTECCIÓN. Rad. 2018 00519 01 JUZ 16.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (30) días de septiembre 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

MARGARITA VARGAS PINZÓN demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS Y AFP PROTECCIÓN** para que se profieran las declaraciones y condenas contenida a folios 110 vuelto y 111 del expediente.

- Ineficacia del traslado del RPM al RAIS.
- Traslado de aportes.
- Reconocimiento y pago de la pensión de vejez
- Mesadas adicionales.
- Intereses moratorios.
- En subsidio, indexación de las condenas
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen en los folios 111 a 112 del expediente. Nació el 06 de mayo de 1960, cumplió los 57 años de edad en el año 2017, se afilió al ISS

el 09 de julio de 1989, el 30 de junio de 1994 se trasladó a la AFP INVERTIR ORGANISMO COOPERATIVO, en octubre de 1996 se trasladó a la AFP BBVA HORIZONTE, el 12 de agosto de 1999 se cambió a COLMENA, en febrero de 2002 se afilió a COLFONDOS, en enero de 2005 se cambió a la AFP SANTANDER, sin que ninguna de esas administradoras ejercieran en debida forma el deber de información que se ha exigido por la jurisprudencia de la SL CSJ. La demandante cuenta con 1800 semanas cotizadas. El 30 de octubre de 2017 solicitó la ineficacia de la afiliación al RAIS.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad (Fls. 154) y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

COLFONDOS S.A. en los términos del escrito visto a folios 212 a 229 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS, los traslados horizontales realizados, la reclamación presentada y su consecuente respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, contestó en los términos del escrito visto a folios 233 a 240 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento y edad de la actora, la reclamación presentada y su consecuente respuesta negativa.

- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, buena fe, innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visto a folios 267 a 274 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS y los traslados horizontales realizados, la reclamación presentada y su consecuente respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito visto a folio 349 a 353 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS y los traslados horizontales realizados, la reclamación presentada y su consecuente respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; cumplimiento de las obligaciones en cabeza de la AFP PROTECCIÓN, culpa del demandante, prescripción y compensación.

Reforma de demanda

A folio 331, la parte actora presentó escrito de reforma de demanda, para modificar las pretensiones subsidiarias en los siguientes términos:

- Indemnización de perjuicios a cargo de las AFP PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS, consistente en el pago de la diferencia de la mesada pensional que hubiera pagado COLPENSIONES y la mesada que reconoció PROTECCIÓN.

- Pago de la diferencia de la mesada pensional que hubiera pagado COLPENSIONES y la mesada que reconoció PROTECCIÓN desde el momento en que se produzca la muerte de la actora hasta el día que cese el derecho de su último beneficiario.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo del 18 de febrero de 2022, en la cual dispuso absolver a las demandadas, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación alegada por PROTECCIÓN y condeno en costas a la demandante. En lo que respecta a las pretensiones principales, el A quo si bien tuvo en cuenta que ninguna de las AFP convocadas a juicio cumplieron con el deber de información que se exige a las administradoras cuando reciben un afiliado, lo cierto era que, en el asunto, conforme el cambio jurisprudencial sentado desde la sentencia SL373-2021, cuando un afiliado adquiere el estatus jurídico de pensionado, cuya prestación fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, en esos específicos casos, no era dable retrotraer las actuaciones con ocasión a la ineficacia del traslado de régimen pensional, y por ésta razón no se accedió a la ineficacia del traslado al RAIS que aconteció el 30 de junio de 1994.

No obstante, la SL CSJ dijo que, en estos casos, el pensionado podía reclamar la indemnización total de perjuicios a cargo de las AFP, así, al exigirse como perjuicio la diferencia de las mesadas pensionales que se hubiesen causado entre uno y otro régimen, el A quo, indicó que si bien el deber de información no fue acreditado por ninguna de las AFP demandadas, conforme los elementos de la responsabilidad, el juez no advirtió un actuar culpable por parte de PROTECCIÓN cuando concedió la pensión de vejez, que hoy disfruta la demandante. También dijo que no encontraba la existencia de un perjuicio probado, y resaltó que no era de recibo para el despacho que una vez se iniciara este proceso ordinario, simultáneamente se acudiera a la AFP para tramitar la prestación de vejez, actuación con la que el juez concluyó que cualquier vicio o perjuicio a la actora fue subsanado en el momento en el que ella aceptó la pensión bajo las reglas que le ofrece el RAIS. El juzgador de instancia, también dijo que el solo hecho de exponer que las mesadas pensionales son diferentes en uno y otro régimen, sin acompañar tales aseveraciones de las

respectivas pruebas, no era suficiente para acreditar el perjuicio causado, ya que cada régimen pensional cuenta con sus propias reglas y en la mayoría de los casos, esa situación fáctica alegada se va a configurar, por tanto, el que exista una diferencia sin una prueba que la respalde, es un aspecto que se queda solo en afirmaciones, sin que sea dable imponer una indemnización de perjuicios sin pruebas. En ese orden, el juez no encontró probados los elementos de la responsabilidad, y bajo estas circunstancias absolvió de las pretensiones subsidiarias pedidas en la reforma de la demanda.

Recurso de Apelación

DEMANDANTE: Considera que el juez se equivocó en todas sus apreciaciones, además de que ni siquiera se detuvo a revisar las pruebas allegadas para constatar la existencia del perjuicio reclamado. Alega que para dirimir el asunto no era dable abordar la teoría de los actos de relacionamiento. El hecho de que un afiliado pida la pensión en el RAIS, no es una limitante para reclamar perjuicios cuando no se brindó la información suficiente sobre las condiciones del cambio de régimen. Su argumento en la diferencia de la mesada en cada sistema pensional, es valedero, tan así, que la SL CSJ, reconoce su existencia para el reclamo de los perjuicios deprecados. De otra parte, dijo que no es camisa de fuerza, abstenerse de reclamar la pensión para pedir perjuicios, el juez no tuvo en cuenta que al proceso se aportó el historial de semanas y el registro civil de nacimiento de la actora, información suficiente, con la que el A quo debía efectuar los cálculos del caso, y así tener certeza de las diferencias reclamadas, siendo éste un deber del juez, luego tomar la vida probable y condenar el perjuicio. De otra parte, se hizo alusión al momento procesal para reformar la demanda, el que se surtió conforme la Ley dispone, indica que el trámite que se impartió a su proceso fue demorado. El apelante dio lectura a los elementos de la responsabilidad, los que también están demostrados, como quiera que el hecho dañino se configura con el traslado desinformado, la culpa se ubica en la desinformación, el daño en una mesada inferior, y la relación de causalidad se concluye con el hecho dañino y la culpa, lo que le impidieron a la demandante contar con una pensión acorde con sus ingresos.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Reiteró que es procedente la indemnización de perjuicios porque ninguna AFP demostró que haya informado debidamente a la actora, situación que generó un perjuicio y un detrimento en el valor de su mesada pensional reconocida por PROTECCIÓN S.A. respecto de la que posiblemente reconocería COLPENSIONES. Hizo un recuento de la evolución normativa del deber de información, los diversos pronunciamientos jurisprudenciales que han desarrollado el tema, las características por las que procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación, sus consecuencias y efectos y finalmente adujo la razón por la cual la tesis de los actos de relacionamiento no es aplicable al caso, además de citar jurisprudencia al respecto.

Parte demandada:

PORVENIR: Indicó que no se demostró la ocurrencia de vicios del consentimiento al momento del traslado de régimen, así como tampoco se acreditó la falta al deber de información alegada y, conforme a la decisión de la actora de permanecer en el RAIS no es procedente declarar una ineficacia del traslado. Citó que no es procedente la orden de devolver gastos de administración (situación no ordenada en primera instancia) y pidió se confirme la decisión.

COLPENSIONES: Elevó unos alegatos en los cuales pide en primer lugar que se revoque la decisión de primera y se absuelva a dicha entidad, sin embargo, olvida la apoderada de la administradora que resultó absuelta en primera instancia, no obstante, sus alegaciones se resumen en que el traslado fue válido, ya que no se demostró ninguna ocurrencia de vicio del consentimiento, tampoco demostró la actora la falta al deber de información alegada y si se ordena el regreso al RPM se descapitaliza el sistema general de pensiones.

PROTECCIÓN: Guardó silencio.

COLFONDOS: Se limitó a solicitar la confirmación de la sentencia de primera instancia y la absolución total de todas las pretensiones.

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 por indemnización de perjuicios pedidos de forma subsidiaria en la reforma de la demanda. Ya que los demás puntos de la sentencia emitida por el juez no fueron controvertidos.

Indemnización total y ordinaria de perjuicios

Sobre este punto en análisis, la SL CSJ en sentencia SL 373 DE 2021, con ponencia de la Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, indicó que en los casos donde el afiliado cambia su calidad a pensionado (situación jurídica consolidada) se genera un hecho consumado, cuyo estatus jurídico no es dable revertir en los casos donde se estudia la ineficacia del traslado, pues tal situación afectaría a muchas personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en conjunto, lo que crearía un efecto financiero desfavorable en el sistema pensional. No obstante, el pensionado que considere que la AFP incumplió su deber de información, y que, en virtud de ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de la mesada, tiene derecho a reclamar su indemnización, a cargo de la AFP responsable. En esta sentencia se dijo lo siguiente:

"Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas

aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.”

Dicho esto, pasa la Sala a determinar si en el asunto la indemnización de perjuicios procede, y para ello, debe recordarse que la demostración del daño resulta necesaria, la que se traduce en el sub lite en términos de la Corte, en el incumplimiento del deber de información (culpa) por parte de la AFP. En este proceso, al revisarse la sentencia apelada, se observa que el juez no encontró que alguna de las AFP llamadas a juicio hubiesen cumplido con tal deber, el que existe desde la creación de las Administradoras, y que ha evolucionado conforme las diferentes exigencias que el legislador ha impuesto (*sentencia SL 3153-2022 - i) Información necesaria, clara y transparente -desde 1993 hasta 2009-, ii) Asesoría y buen consejo -desde 2009 hasta 2014- y iii) Doble asesoría -de 2014 en adelante).* En ese orden, no existen reparos respecto a que en la instancia no se demostró que las administradoras hubiesen cumplido con suministrar la información necesaria para que la afiliada en los términos exigidos por la jurisprudencia de la SL CSJ entendiera los alcances de la decisión de cambiar de régimen pensional, como tampoco se discute que la demandante cuenta con una pensión de vejez a cargo del RAIS, la que PROTECCIÓN empezó a pagar desde noviembre de 2019.

En este orden, y en aras de verificar los perjuicios reclamados, advierte La Sala que para que estos procedan, no basta solamente con afirmar la existencia de una diferencia en la cuantía de la mesada pensional, pues como lo explicó el juez, la variación en la pensión en un régimen y otro siempre va a existir, incluso la misma pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, va a cambiar conforme las distintas modalidades que ofrece el régimen (*renta vitalicia inmediata, retiro programado, retiro programado con renta vitalicia diferida, incluso, en el RAIS, se cuenta con la garantía de pensión mínima de vejez*), por tanto, el solo hecho de alegarse una diferencia en la cuantía de la pensión, en uno y otro sistema pensional, sin adelantar la más mínima actividad probatoria, para buscar una condena por perjuicios resulta improcedente.

Y es que no puede entenderse que, con la sola falta de información, se imparta una condena de esta naturaleza a cargo de las Administradoras, pues es bien sabido que conforme las obligaciones procesales y el principio de la carga de la prueba, determinado en el art 167 del CGP, la parte que pretende beneficiarse de un

postulado con efectos jurídicos, tiene la obligación de probar esos supuestos de hecho. Aquí, el apelante se limitó a trasladar ésta carga probatoria al juez, y así lo reprocha en su recurso, dejando de lado su responsabilidad en el caso, quien bien pudo con la reforma de la demanda traer un dictamen pericial para acreditar al juez las diferencias que ahora pretende se reconozcan, o en su defecto, pedir al A quo que de oficio decretara una prueba donde se efectuaran los cálculos del caso, para que fuera debidamente controvertida en la instancia, lo cual no ocurrió, sin que resulte aceptable que ahora esa carga probatoria se traslade con el recurso de apelación al Tribunal, para que se haga cómputos acomodaticios a los intereses de la actora, cuando se insiste en la orfandad probatoria, pues este punto nunca ha integrado el litigio, además, conforme el art. 83 del CPTSS, en este momento no es dable practicar una prueba que ni siquiera fue pedida en la instancia.

La Sala no desconoce el mandato de que, quien comete un daño está obligado a repararlo, conforme lo regulado por el Art. 2341 de Código Civil, no obstante, corresponde a quien reclama los perjuicios, en este caso, traer al proceso los cálculos de la prestación en el RPM conforme al promedio salarial con el que cotizó en los últimos 10 años o en toda la vida laboral, según sea el caso, establecer la tasa de remplazo, calcular el IBL (artículos 21 y 34 de la Ley 100/93) y con esto demostrar al juez donde está el detrimento que sufrió su derecho pensional, de cara con el disfrute efectivo de la prestación percibida.

Bajo estos argumentos, además de que no se ha individualizado la naturaleza del perjuicio (material - lucro cesante y daño emergente - y moral), La Sala no puede llegar a conclusión diferente a la que tomó el A quo, y por eso se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo del apelante. Fíjense como agencias en derecho la suma de trescientos mil pesos m/te (\$300.000) a cargo de la demandante.

DECISIÓN

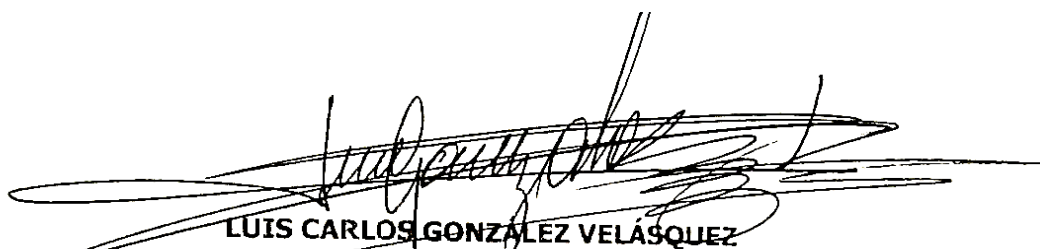
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de febrero 2022, 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 del apelante. Fíjense como agencias en derecho la suma de trescientos mil pesos m/te (\$300.000) a cargo de la demandante.

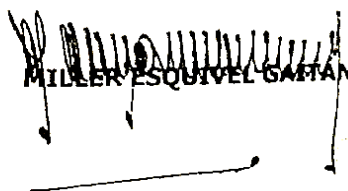
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RAFAEL ANTONIO ESQUIVIA PÁJARO
contra AFP PORVENIR, AFP PROTECCIÓN Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2020 - 00360 01. Juz.
02.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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

RAFAEL ANTONIO ESQUIVIA PÁJARO demandó a la AFP PORVENIR S.A., a la AFP PROTECCIÓN S.A. Y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital archivo 1.

- 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. Efectuó aportes al ISS desde septiembre de 1983. Se afilió al RAIS mediante AFP PORVENIR S.A. el 22 de noviembre del 2002, el 31 de mayo de 2005, hizo un traslado horizontal a la AFP PROTECCIÓN S.A. Cuando cambió de régimen no se le informó de las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado. 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 pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. El 25 de febrero del 2020 se presentó solicitud de traslado de régimen ante Colpensiones, la cual fue negada. El 25 de febrero del 2020 se solicitó ante Protección S.A. la nulidad de traslado, petición que fue negada.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, en auto de fecha 28 de junio de 2021. Las demandadas contestaron en los siguientes términos:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme contestación que obra en el expediente digital;

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; La fecha de nacimiento del demandante, la fecha de la solicitud de nulidad del traslado con su respectiva respuesta.
- 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 la genérica.

LA AFP 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.
- 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.

La AFP PROTECCIÓN, dio respuesta visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.

- Acepto los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, la fecha de traslado de régimen pensional y la solicitud de nulidad del traslado con su respectiva respuesta.
- Formuló 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, 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, genérica y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto.

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 DEL TRASLADO SEÑOR RAFAEL ANTONIO ESQUIVIA PÁJARO, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.330.638, a la AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el día 22 DE NOVIEMBRE DE 2002 y consecuentemente el realizado el 31 de mayo de 2005 a la AFP PROTECCIÓN S.A., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación demandante señor RAFAEL ANTONIO ESQUIVIA PÁJARO, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 5 de septiembre de 1983, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de suspensión a futuro de la demandante de demandante señor RAFAEL ANTONIO ESQUIVIA PÁJARO, en el régimen de

prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a las partes accionadas, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas.”

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.

Recursos de apelación

PORVENIR S.A.: insiste en que la vinculación fue eficaz, se brindó la asesoría conforme la información que se exigía para la época. Con el formulario se acreditó la asesoría y la libre elección, alega que de no haberse brindado la información correspondiente el actor no se hubiera cambiado de régimen. Resalta el estatus académico del demandante, quien ahora se quiere cambiar de sistema pensional solamente porque no está satisfecho con la pensión que se le llegue a reconocer en el RAIS. Considera inaceptable que después de 15 años, el demandante alegue que no fue informado de las condiciones del RAIS.

PROTECCIÓN S.A.: objeta básicamente la condena de los gastos de administración y sumas destinadas a las aseguradoras, dijo que esos dineros se descontaron por disposición legal, la cuenta del actor generó rendimientos de los que se benefició. Alega que esos dineros no se pueden devolver porque no financian la pensión y por esa razón también se les debe aplicar el fenómeno de la prescripción. Mantener la decisión va a generar un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

COLPENSIONES: Alegó que el A quo valoró indebidamente el formulario de traslado con el que se probó la selección libre y voluntaria de régimen. Destacó que el demandante es abogado por lo que su preparación académica le permitía entender los alcances de sus decisiones. Se remitió al interrogatorio de parte donde actor confesó que recibió una asesoría por 20 minutos por parte del Fondo, que después del cambio de régimen fue asesorado en aportes voluntarios los cuales realizó, pero luego alega la recurrente que la declaración del actor puede resultar parcializada a su favor. De otra parte, pide COLPENSIONES que se tenga en cuenta que es un tercero de buena fe. Reitera que en el proceso se probó la asesoría verbal precontractual. Pide no se le condene en costas en ninguna instancia.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Solicitó la confirmación de la decisión en razón a que se demostró que no se informó en debida forma por parte de la AFP al momento del traslado de régimen conforme los criterios establecidos por la SL CSJ.

Parte demandada:

PORVENIR S.A.: En síntesis, reiteró los argumentos expuestos en su recurso.

COLPENSIONES: Reiteró los argumentos expuestos en la alzada, además, manifestó que se encuentra inmerso en la prohibición de la Ley 797/2003, que no se acreditó ningún vicio del consentimiento y que, con la decisión de primera instancia se descapitaliza el sistema general de pensiones.

AFP 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 nulidad o ineficacia del traslado de régimen, si resulta procedente la

condena por devolución de los gastos de administración y sí debe ser condenada en costas COLPENSIONES en la primera instancia.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del derecho de petición radicado el 24 de febrero de 2020 (expediente digital, archivo 1, pág. 204), 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 afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., desde el 31 de mayo del 2005, y su vinculación al régimen la hizo el 22 de noviembre del 2002, con 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 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 demandante diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir S.A., el 22 de noviembre del 2002 (expediente digital), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

¹ **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;

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 el actor 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 Villegas² 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 retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será sosteniblemente 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

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)

² *"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"*

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. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Es de recordar que la sola suscripción del formulario de afiliación (*formatos preimpresos*) y las afirmaciones allí consignadas, no son prueba de que se ejerció el deber de información, pues con tal documental no se acredita que la AFP ejerció la obligación a cargo, tampoco demuestra que adelantó las gestiones necesarias para obtener del afiliado su consentimiento informado, y que éste comprendió de forma clara, oportuna y suficiente los alcances de la decisión. Si bien, el deber de información ha evolucionado en el tiempo, pues en un principio se requería que las administradoras brindaran información clara y transparente (entre los años 1993 y el 2009), después se exigió la asesoría y buen consejo (años 2009 y el 2014) y posteriormente se empezó a exigir la doble asesoría (año 2014 en adelante), lo cierto

³ “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”

es que, en este proceso, y sin que importe la preparación académica del demandante (abogado), la AFP no acreditó cual fue la información calificada prestada en su momento para que el demandante tomará la decisión más conveniente para su futuro pensional, información que se debió ejercer desde la creación de las AFP.

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 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 diferentes sentencias desde la SL del 8 sep. 2008 rad. 31989⁴, 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 ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

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

⁴ "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, adocrinó:
[...]"

"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."

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

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

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

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. Se aclara a la AFP PROTECCIÓN que estos conceptos no son susceptibles de prescripción, ya que la devolución de todas estas sumas de dinero va a financiar la pensión que se llegue a reconocer en el RPM al actor.

De otra parte, se tiene que COLPENSIONES ataca el interrogatorio de parte del actor porque alega que él iba a ser conveniente en sus respuestas, y después dice que no se puede considerar lo expuesto, porque las aseveraciones son parcializadas. Sobre este punto, basta con indicar que la demandada contó con la oportunidad legal para

objetar las respuestas del demandante que considerara necesarias cuando rindió su declaración, por lo que ésta no es la etapa procesal para objetar lo dicho por el accionante. En todo caso, la sentencia del juez y la de esta instancia no se apoyan únicamente en la valoración de tal medio probatorio, pues toda decisión judicial se adopta conforme la totalidad de las pruebas recaudadas. En cuanto a que COLPENSIONES es un tercero de buena fe, que no puede resultar afectado con las resultas de este proceso, precisa La Sala, que el hecho de que se declare judicialmente que debe recibir a un afiliado, no le genera perjuicio alguno, en la medida en que el regreso del aquí demandante trae consigo sumas adicionales que no se hubieran causado, de no haber existido el cambio de régimen.

Finalmente, en lo que interesa a la imposición de costas a COLPENSIONES en las dos instancias, basta con recordar que el art. 365 del CGP, expone las circunstancias en las que estas proceden. Así las cosas, al integrar esta demandada el extremo pasivo de la litis, quien se opuso a las pretensiones de la demanda y resultó vencida en juicio, no queda otro camino que confirmar la imposición de esta condena.

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 a cargo de cada una de ellas.

DECISIÓN

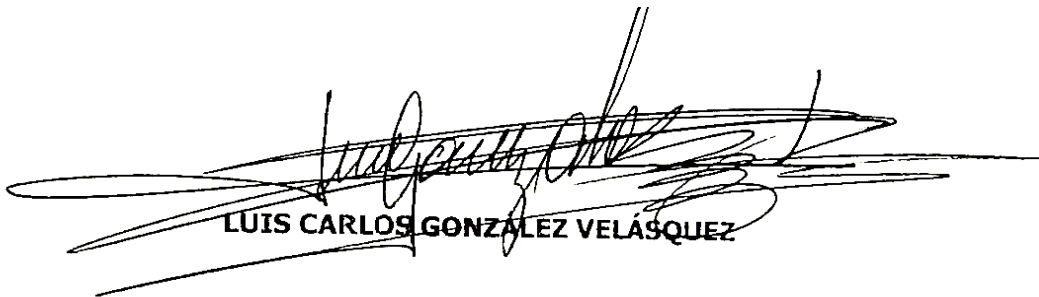
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el día 27 de abril 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 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.

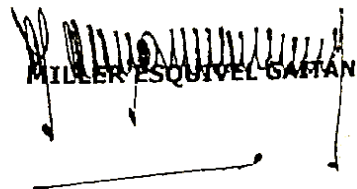
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ.

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL PROCESO SUMARIO DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN CONTRA CAFESALUD EPS. Rad. 2021 01754.

En Bogotá D.C., veintisiete (27) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022).

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

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, solicita que se ordene a la EPS CAFESALUD se reconozca y pague la licencia por maternidad concedida a la funcionaria LILIANA MILENA MEZA GÓMEZ por la suma de \$23.975.175 así como los intereses moratorios generados desde la fecha de pago de la licencia y hasta que se realice el desembolso, conforme al art. 4º del Decreto 1281 de 2002.

Los hechos se describen a folio 1, donde indica que la mencionada servidora se encontraba afiliada a CAFESALUD EPS S.A. desde el 11 de agosto de 2006 y desempeñaba el cargo de Gestor II Código 302 Grado 2 Grupo Interno de Trabajo de la Unidad Penal División de Gestión Jurídica – Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla. Por los servicios de salud se generó una licencia por maternidad entre el 3 de febrero y el 8 de junio de 2017 (126 días) según certificado de incapacidad expedido por CAFESALUD EPS S.A.

La DIAN pagó el salario correspondiente a la licencia según los comprobantes de nómina que se aportan, pero CAFESALUD EPS S.A. no hizo el pago respectivo, por lo que presentó requerimiento el 23 de mayo de 2018 mediante oficio 100214375-1636-2018.

Actuación Procesal

Admitida la solicitud por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación el 7 de noviembre de 2018 (fl.28), la demandada CAFESALUD EPS S.A. se opuso a las peticiones de la demanda para lo que argumentó que reconoció y pagó la licencia de maternidad generada a la señora LILIANA MILENA MEZ GÓMEZ entre el 3 de febrero y el 8 de junio de 2017 y que la DIAN no aporta ningún documento que acredite el pago de la prestación a la funcionaria mencionada

Sentencia de Primera Instancia

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, profirió decisión de primera instancia de fecha 18 de febrero de 2021 en la que dispuso ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones de la demanda y como consecuencia de ello ordenó a CAFESALUD EPS S.A. efectuar el pago de la suma de \$17.018.721 dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la providencia y los intereses moratorios causados a partir del 25 de junio de 2018 hasta la fecha en que se efectúe el pago de la prestación. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda a CAFESALUD EPS y a MEDIMÁS EPS.

Llego a tal conclusión luego de señalar que conforme al artículo 236 del Decreto 1038 de 2015 el salario a tener en cuenta para el pago del descanso remunerado en la época del parto, debía ser el devengado al entrar a disfrutar el descanso, por lo que tomó en cuenta el salario de \$4.623.392 que al multiplicar por los 126 días de licencia de maternidad correspondían a un valor total de \$19.418.246, pero observó que la empleadora DIAN solo canceló la suma de \$17.018.721, razón por la que ordenó el pago de dicho valor. En cuanto a los intereses de mora señaló que el requerimiento se recibió por CAFESALUD EPS el 25 de mayo de 2018, por lo que condenó a la demandada al pago de los intereses de mora desde el 25 de junio de 2018, día hábil siguiente al vencimiento de los términos para dar respuesta y hasta la fecha en que se efectúe el pago.

Recurso de Apelación

La entidad demandante DIAN interpone recurso de apelación dentro del término legal por lo que fue concedido mediante auto del 22 de julio de 2021 por la Superintendencia Nacional de Salud.

Argumentó que el valor a cancelar debe ser de \$23.975.175 y manifiesta su inconformidad respecto a que el IBC no es lo mismo que el salario y que las prestaciones económicas se liquidan con el salario y no con el IBC, para lo que señala que las normas que regulan lo atinente al cálculo de las cotizaciones a seguridad social es el Decreto 780 de 2016 conforme al cual el IBC que se toma como base para el cálculo de los aportes es el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir y cita para el efecto una providencia de esta corporación proferida el 12 de noviembre de 2020 dentro del radicado 2020-00704 que resolvió un asunto similar al aquí planteado.

En el caso de la afiliada LILIANA MILENA MEZA GÓMEZ para el mes de febrero de 2017 devengó conceptos constitutivos de factor salarial por un total de \$5.708.376 y en la plantilla se cotizó al sistema de seguridad social por dicho valor, por lo que el valor a pagar era la suma de \$23.973.398 como previamente lo había informado el área de prestaciones económicas de CAFESALUD

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 a este presupuesto legal, la Sala abordará el estudio de la alzada.

Licencia de maternidad

Observa la Sala que la entidad accionante acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se ordenara a la EPS accionada el pago de la incapacidad por maternidad más los intereses de mora generados desde la fecha de pago de la licencia y hasta que se realice el desembolso a la tasa establecida en el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002

Solicita la parte demandante que se modifique la sentencia de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación y se proceda a condenar a la EPS demandada al pago de la licencia por maternidad por la suma de \$23. 973.175 por cuanto se debió tener en cuenta el salario devengado al momento de entrar a disfrutar la licencia de conformidad con el Decreto 780 de 2016.

Al respecto se observa que el fundamento para la condena impuesta por la suma de \$17.018.721 se debió a que se adujo que la demandada acreditó haber efectuado un pago a la funcionaria por un valor inferior al solicitado, esto es, porque "el pago realizado por el empleador resulta ser contrario a la protección reforzada que la madre recibe cuando se encuentra bajo una relación laboral".

Así las cosas, se debe analizar si conforme a las pruebas aportadas se acreditó por la parte actora haber efectuado el pago de la funcionaria a quien se había concedido la licencia de maternidad acorde con lo dispuesto en el artículo 3.2.1.3. del Decreto 780 de 2016, esto es, tomando como "base para el cálculo de los aportes el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibido en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir"

Revisada la documental, lo primero que debe resaltar la Sala es que en efecto CAFESALUD otorgó una licencia por maternidad por 126 días, entre el 3 de febrero y el 8 de junio de 2017 (fl. 5) y acorde con la certificación expedida por la DIAN la funcionaria LILIANA MILENA MEZA GÓMEZ devengaba para el 30 de mayo de 2018 la suma de \$6.727.741 (fl. 11) sin embargo, con posterioridad se aportó la nómina correspondiente al mes de enero de 2017, mes anterior al momento en que la funcionaria entró a disfrutar de la licencia de maternidad.

Con las nóminas aportadas con la demanda se puede verificar que la DIAN canceló a la afiliada en el mes de abril de 2018 la suma de \$5.347.424 por maternidad y un ajuste por \$360.951 (fl.12) y en el mes de mayo un valor de \$5.525.671 más un ajuste de \$372.983 (fl. 13) y en el mes de junio una suma de \$1.522.234 (fl. 14)

Mediante auto del 7 de noviembre de 2018 se admitió la demanda y se ordenó requerir a la parte actora para que remitiera al correo electrónico de la Superintendencia Nacional de Salud en un término de 3 días, los siguientes documentos:

- Copia de la planilla de autoliquidación de aportes en salud de la funcionaria de los meses correspondientes al periodo de gestación que dio origen a la licencia de maternidad deprecada.
- Certificación del salario básico devengado por la funcionaria al momento de la expedición de la licencia
- Salario básico mensual percibido en el mes anterior a causarse el derecho.

La parte actora allegó los desprendibles de pago de nómina de los meses de febrero de 2017 (mes anterior al otorgamiento de la licencia) con el cual se acredita que la

demandante devengaba un salario básico de \$4.623.392 y otros pagos por reajustes salariales para un total de \$5.708.705. También se allegaron los comprobantes de nómina del mes de marzo de 2017 con un pago por licencia de maternidad y ajuste por valor de \$10.845.912 (CD); abril de 2017 por un valor total de \$5.708.375; mayo de 2017 por valor total de \$5,898.654 y junio de 2017 por valor de \$1.522.234, mediante comunicación NURC 1-2018-199539 del de diciembre de 2018) conforme a los cuales acreditó el pago de la suma que se cobra en este proceso.

Así las cosas, la DIAN demostró el pago de la suma que se indica, es decir, \$23.975.175 por concepto de la licencia de maternidad reconocida a la señora LILIANA MILENA MEZA GÓMEZ. También acreditó que el salario por ella devengado al inicio de la licencia de maternidad, era la suma de \$5.708.376 y en consecuencia al dividir dicho valor en 30 días y multiplicarlo por 126 días de licencia da como resultado la suma de \$23.975.175, solicitada en la demanda, por lo que le asiste razón a la parte recurrente en cuanto al salario sobre el que se debía efectuar la liquidación ya que acreditó haber efectuado la cancelación de la licencia en forma total.

En el caso en estudio, se debe tener en cuenta que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, por lo que para que sean apreciadas por el juez las pruebas deben solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello, razones por las que debe tenerse en cuenta para resolver el recurso el salario probado en el proceso.

Conforme a lo anterior, se MODIFICARÁ el ordinal tercero de la sentencia impugnada en el sentido de indicar que se ordene a CAFESALUD EPS hoy en liquidación a pagar la suma de \$23.975.175 a la DIAN respecto de la funcionaria LILIANA MILENA MEZA GÓMEZ y se confirma en lo demás la decisión impugnada.

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.- MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada Para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de fecha 18 de febrero de 2021 en el sentido de indicar que se ordena a CAFESALUD hoy en liquidación de cancelar por concepto de la licencia otorgada a la funcionaria LILIANA MILENA MEZA GÓMEZ la suma de \$23.975.175, conforme a la motivación anterior.

SEGUNDO:- CONFIRMAR en lo demás la sentencia impugnada

TERCERO.- Sin costas en la alzada.

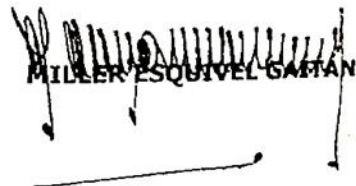
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DARÍO HUMBERTO ORTEGA BELTRÁN
CONTRA CHILCO DISTRIBUIDORA DE GAS Y ENERGÍA S.A.S.E.S.P. RAD.
2018 00113 01 JUZ 17.**

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 señalada por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

DARÍO HUMBERTO ORTEGA BELTRÁN demandó a CHILCO DISTRIBUIDORA DE GAS Y ENERGÍA S.A.S. E.S.P., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el folio 6 del expediente digital.

- Vigencia del contrato de trabajo a término indefinido.
- Ilegalidad del despido injusto.
- Reintegro.
- Prohibición a la demandada de constituir conductas que induzcan una renuncia.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 7 a 11 del expediente digital. Nació el 20 de diciembre de 1957, tiene una esposa y dos hijas que cursan estudios universitarios y dependen económicamente de él. Ostenta la calidad de prepensionado y goza de estabilidad laboral. Con la demandada se vinculó el 03 de agosto de 2015 mediante contrato de trabajo a término indefinido para ocupar el cargo de gerente comercial grandes clientes y gerente de cuentas nacionales. El 15 de agosto de 2017 fue despedido sin justa causa. Una de las cuentas a cargo era el

proyecto del consorcio hidroeléctrica en Ituango – Antioquia, este cliente requirió un elemento (tanque estacionario GLP – gas licuado de petróleo) que le llevó desplegar un cronograma para gestionarlo, no obstante en las instalaciones del cliente ya existía un tanque que se maneja con recargas. Precisa que en febrero de 2017 se presentó una grave situación con el manejo y ubicación del GLP en la ciudad de Ibagué donde el actuar del actor no puso en peligro a nadie ni le causo perjuicio alguno a la empresa, por lo que su despido se tornó en ilegal, pues él no autorizó ninguna acción. Considera que la empresa no es coherente para el manejo de las sanciones disciplinarias. A mediados de enero de 2016, fue trasladado a Medellín (lo que le generó gastos adicionales), por lo que la terminación del contrato le afectó económicamente. Advierte el actor que en la empresa se presenta una persecución laboral, su desvinculación se hizo sin tener en cuenta su estabilidad laboral por prepensionado, y esto le generó un perjuicio que lo condujo a interponer una acción de tutela la que fue conocida por el juzgado 11 penal del circuito especializado OIT el 20 de noviembre de 2017, donde se ordenó su reintegro, situación que complicó el desarrollo de las labores, sus condiciones de trabajo cambiaron y ha tenido que ser atendido por la especialidad de sicología. Reitera que su salario es la única fuente de ingreso de su núcleo familiar.

Actuación Procesal

Admitida la demanda el 18 de abril de 2018 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, la empresa contestó la demanda en la forma y términos del escrito visible a fls 70 a 107.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Acepto los hechos relacionados con la vinculación laboral, cargo y el manejo de la cuenta de Ituango en Antioquia.
- Propuso como excepciones de mérito; terminación del contrato de trabajo por justa causa, inexistencia del retén social del fuero por estabilidad laboral reforzada e inaplicabilidad del referido beneficio, improcedencia de las indemnizaciones, inexistencia de una mala fe, prescripción de las acciones, compensación y genérica.

Sentencia de primera instancia

El A quo, mediante sentencia del 02 de noviembre de 2021, negó las pretensiones de la demanda, declaró probadas las excepciones de inexistencia del reten social por estabilidad laboral reforzada e inexistencia del reintegro por fenecimiento de las

causas que le dieron origen. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que en los hechos de la demanda se hizo alusión a la calidad de prepensionado que ostentaba el actor, condición por la que no podía ser despedido; bajo ese escenario, estudió el reintegro deprecado, el cual no prosperó ya que dicha figura fue instituida para el amparo de los derechos laborales de los servidores públicos vinculados a las entidades públicas en liquidación y que les faltara determinada edad para cumplir ese requisito pensional (Ley 790/02), circunstancias que no era aplicable a los trabajadores del sector privado conforme la jurisprudencia de la SL CSJ, sin desconocer los pronunciamientos de la Corte Constitucional en diferentes tutelas, donde en pro de los derechos de igualdad, trabajo y seguridad social ha aplicado esa protección suprallegal. De otra parte, el juez indicó que si en gracia de discusión la figura alegada fuere aplicable en el asunto, con la copia del documento de identidad, se constataba que éste cumplió 62 años de edad el 15 de agosto de 2019 y conforme su historia laboral (folio 167 a 179) para el 31 de julio de 2017, acreditaba una densidad de 2.047 semanas por lo que los requisitos para la pensión ya estaban superados. Finalmente aclaró que el actor no solicitó la indemnización por despido injusto, ya que siempre la discusión se concentró en el reintegro por prepensionado, que se amparó en una orden de tutela transitoria.

Consulta

El proceso fue remitido en el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo, por cuanto la sentencia fue completamente desfavorable al trabajador, y las partes no interpusieron recurso alguno.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Indicó que su actuación siempre fue de buena fe, que para el momento de los hechos era prepensionado, por lo que debía ser amparado constitucionalmente al momento de la terminación arbitraria de su contrato, por lo que, conforme a lo narrado en la demanda y las pruebas allegadas deben ser concedidas las pretensiones del líbelo.

Parte demandada: Solicitó la confirmación de la decisión de primera instancia porque, el carácter de prepensionado no impone el deber de solicitar autorización al Ministerio del Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo con una persona de dicha característica, además, como lo mencionó la SL CSJ no existe un fuero permanente o de perpetuidad, por lo que no puede alegarse una estabilidad laboral reforzada en los casos que existan causas objetivas para dar por terminado

el contrato. De lo anterior, indicó que las pruebas recaudadas demostraron que el demandante cometió una falta disciplinaria y por dicha situación, se efectuó la culminación de la relación laboral, no sin antes, haber agotado todo el procedimiento disciplinario y haberse respetado los derechos al debido proceso y defensa del trabajador.

CONSIDERACIONES

Procede La Sala a determinar si en el asunto, el promotor del proceso es beneficiario de la estabilidad laboral que implora en aplicación de su condición de prepensionado, sin que sea dable entrar a revisar otros aspectos como la indemnización por despido injusto, como quiera que de la lectura conjunta de los hechos y las pretensiones nada se adujo al respecto, tal como lo concluyo el A quo, tan así, que el demandante no presentó ninguna objeción sobre el punto. En el subitem, el juez expuso que el actor no era beneficiario de la calidad aludida en la medida en que la protección implorada aplicaba para el sector público, además de haber constatado que ORTEGA BELTRAN había cumplido con todos los requisitos para acceder a la pensión, que en últimas es lo que se protege con estos procesos.

Estabilidad laboral reforzada – pre pensionado

En lo referente al retén social, se tiene que dicha figura es una medida de protección de la estabilidad reforzada creada por el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, reglamentado por el artículo 12 del Decreto Nacional 190 de 2003, por medio del cual se expiden las disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública, el cual señala:

***"Artículo 12. Protección especial.* De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley." (subrayado fuera de texto).**

Sobre el objeto del litigio, también se ha de traer a colación lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencias T – 638 de 2016, T – 229 de 2017 y la SU– 003 de 2018, en lo referente a la estabilidad laboral reforzada en calidad de pre pensionado en el sector privado, en esta última, señaló:

"Acreditan la condición de "prepensionables" las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión."

(...)

"La "prepensión" protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez."

(...)

En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.

De lo que se colige, que dicha garantía solo cobija a aquellos trabajadores tanto del sector público como privado que les faltare menos de tres años para acreditar el número de semanas para acceder a la pensión en el régimen de prima media con prestación definida o el capital necesario en el régimen de ahorro individual. En el asunto, no fue objeto de controversia la edad del actor, su vinculación con la demandada, el cargo, salario, funciones, que éste fue desvinculado porque según la empresa el trabajador incurrió en una justa causa (*causa que como se indicó al inicio no será analizada, porque no fue el objeto de este proceso*) y que mediante una orden de tutela transitoria fue reintegrado al cargo. Se aduce en los hechos de la demanda que el actor fue desvinculado el 15 de agosto 2017 (fl 37), época para la que contaba con 60 años de edad conforme se constata con la cédula de ciudadanía que milita a folio 25 del expediente digital, por lo que en principio estaría inmerso en la prohibición de los tres años, sin embargo, se verifica que para ese momento según su historia laboral (fls 199 a 212) registraba al sistema 2046,43 semanas cotizadas en Colpensiones, con lo que se concluye, que para la época de la desvinculación el demandante no podía predicar la frustración del derecho pensional con la decisión de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo, ya que es éste el derecho que se protege con el reintegro deprecado.

Recuérdese que aunque, la protección contemplada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, pregona una estabilidad laboral reforzada, en tanto deviene de un mandato supralegal, esta medida de protección para determinado grupo poblacional (*personas con discapacidad, prepensionados o madres cabeza de familia*), si bien en la actualidad ya no se revisa estrictamente bajo un panorama de renovación de la administración como lo adujo el A quo, pues conforme el criterio adoptado por la SL CSJ en sentencia SL 696/2021¹ al hacer una nueva lectura del artículo 12 de la Ley 790 de 2002 acogió lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-795-2009 para impartir la aplicación de esta garantía en observancia del artículo 13 de la Constitución política, lo cierto es que el en asunto no se puede llegar a conclusión diferente a que impartió el juez, ya que los requisitos mínimos para que el demandante pueda acceder a su derecho pensional que están más que superado, sin que la edad sea un factor determinante en el asunto, pues en reiterados pronunciamientos se ha precisado que tal requisito se configura con o sin vinculación laboral.

Bajo estos términos La Sala **CONFIRMA** la sentencia consultada. 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,

¹ La Sala comparte ese criterio pues maximiza los valores y principios constitucionales que le dan sentido al Estado Social de Derecho, especialmente los establecidos en los artículos 42, 43, 44, 46 y 47 Constitucionales, que de manera especial establecen la protección de la familia, a las madres que tienen la jefatura del hogar, a los menores y personas en situaciones de discapacidad física, síquica y sensorial.

Además, nótese que carece de justificación constitucional afirmar que grupos socialmente vulnerables como las mujeres y madres cabeza de familia solo tienen protección en un escenario preciso y temporal, esto es en el marco del programa de renovación de la administración pública, pero no en contextos bastante similares en los que también existen reestructuraciones, fusiones y liquidaciones de entidades públicas.

Un criterio contrario desconoce la obligación del Estado de garantizar la igualdad real y efectiva de todos los grupos tradicionalmente discriminados en el marco de las relaciones laborales (artículo 13 de la Constitución Nacional), y quebranta la exigencia constitucional de progresividad de los derechos sociales, al establecer una protección especial en un momento histórico y anularlo con posterioridad sin justificación alguna y pese a tratarse de personas que sufren las mismas condiciones de vulnerabilidad.

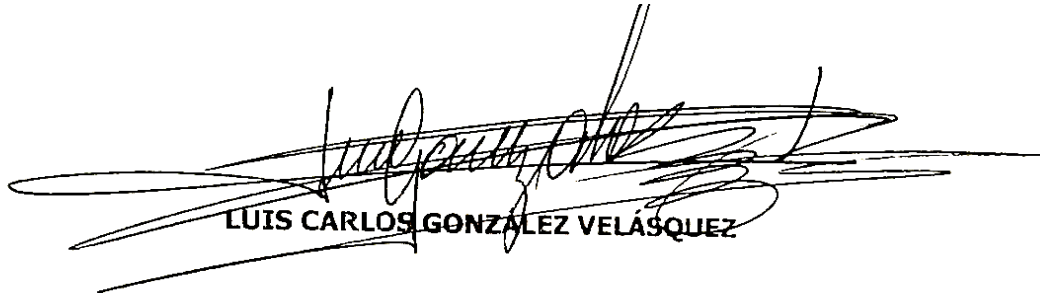
Precisamente, para la Corte no hay motivo alguno que justifique negarle la protección de estabilidad laboral reforzada a las madres cabeza de familia, pese a que al igual que los prepensionados y aquellas que están en una situación de discapacidad, son personas que viven en una evidente condición de vulnerabilidad y merecen la protección del Estado según el mandato del artículo 43 Superior; (...)

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de noviembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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

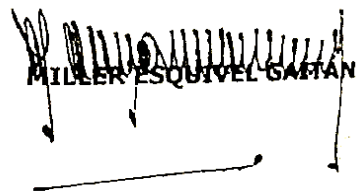
Notifíquese y Cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN