



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105002201900419-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 10 de marzo de 2022, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ CLEMENCIA MARTINEZ RONDON** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A.**; no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES al doctor Michael Cortázar Camelo, quien se identifica con Cedula de ciudadanía No. 1.032.435.292 de Bogotá, con la Tarjeta Profesional No. 289256 del C. S. de la J. en los términos y para los efectos de los poderes.

ANTECEDENTES

LUZ CLEMENCIA MARTINEZ RONDON, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A., para que se declare que fue asesorada equivocadamente por COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A., al momento de su traslado al RAIS; solicito que, en consecuencia, se declare la nulidad e ineficaz el traslado del RPMPD al régimen de RAIS; que se declare la ineficacia de la movilización de la demandante entre los Fondos de Pensiones y Cesantías; que la actora continúa vinculada al RPMPD administrado por COLPENSIONES, requerir y ordenar PORVENIR S.A. que proceda con el reporte de dicha novedad al sistema de información de los afiliados a los fondos de pensiones (SIAFP), quedando válidamente asignada a COLPENSIONES, como única entidad encargada de administrar los recursos pensionales; que en termino improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de la providencia, proceda a trasladar todos los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, junto con sus rendimientos frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos que se hubieran causado a COLPENSIONES; que COLPENSIONES, proceda con la afiliación y reciba todos los aportes girados por PORVENIR S.A. que hacen parte de todos y cada uno los aportes sufragados por la demandante; igualmente solicitó que se aplique a favor de ella los poderes dispositivos que considere que son procedentes, en aplicación de las facultades ultra y extra; petita; condenar a las demandadas a pagar, costas, gastos, expensas y agencias en derecho.

Con fundamento material de sus pretensiones la señora LUZ CLEMENCIA MARTINEZ RONDON indicó que ingreso a laborar en entidades del sector privado de forma continua y discontinua desde el 09 de enero 1991 hasta 02 febrero 1996; que en la historial laboral aparece afiliada y vinculada con el RPMPD, a través del Instituto de Seguros Sociales, cotizando para riesgos en pensión de vejez, invalidez y muerte; expresó que según la historia laboral le registran acreditadas 26 semanas para los riesgos de invalidez y sobreviviente como beneficios del Instituto del Seguros Sociales al momento del traslado de régimen con la AFP COLFONDOS S.A.; indico que en el historial laboral expedida por COLPENSIONES aparece afiliada y cotizando al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES entre 09 de enero de 1991 y el 31 julio DE 1997, y que en su historia laboral expedida por COLPENSIONES registro que el Instituto de Seguros Sociales solo había recibido cotizaciones a pensión de la demandante entre el 01 de diciembre de 1995 hasta 31 de julio de 1997, que El Instituto de Seguros Sociales traslado los aportes a pensión entre 01 de diciembre de 1995 hasta 31 de julio de 1997 al RAIS, sin haberle informado; señaló que según la historia

laboral expedida por la AFP PORVENIR S.A. aparece con cotizaciones con el Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS de fecha marzo de 1996; dijo que en El Fondo de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A. registra en la solicitud de vinculación con fecha de 02 noviembre de 1995, sin copia de instrucciones, que el formato de solicitud de vinculación que allegan los Fondos de Pensiones y Cesantías, en su contenido son propios de ellos, junto con su logo, que en la casilla del formulario de vinculación o afiliación de COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A. solo contienen información personal de ella y no contiene ningún tipo de información donde se le indiquen las desventajas o ventajas del cambio en los riesgos del RPMPD, y Fondo Privado; indico que la firma o rubrica que estampó en el formato de solicitud de vinculación del formulario de la AFP, entre ellas COLFONDOS S.A., se sintió asaltada en su buena fe, haciendo creer que estaba firmando de manera libre, espontánea y sin presiones, sin dar una debida asesoría o información sobre el contenido del formulario; informó que para a época del traslado de régimen el Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., le restringieron la voluntad de selección y afiliación al momento de firmar el formulario de vinculación, por la falta de una explicación sobre las implicaciones y condiciones del traslado; que nunca el asesor del Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A., le explicó o informó sobre los derechos y obligaciones reciprocas equivalentes al traslado de régimen, sin darle mayor información respecto a la administración de los aportes y sus rendimientos; que en el momento del traslado El Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., no le informó el valor de la pensión que este dependía directamente de la modalidad de retiro programado, sujeto a los rendimientos de capital de las tasas de interés del mercado en el riesgo de inversión en el portafolio del Fondo Privado, que en su afán de capturar de forma masiva afiliados falto por completo a su deber profesional de informarla de forma honesta sobre la conveniencia o no del traslado; dijo que el Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., nunca le informo las condiciones de cómo sería reconocido su derecho pensional, ni le explicó el capital que debía ahorrar; indicó que según la historia laboral expedida por la AFP PORVENIR S.A. aparece con una movilización a otros Fondos de Pensiones Privados, tales como COLFONDOS S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. que no tuvo una información clara y exacta sobre las consecuencias de cambio de traslado de régimen pensional, y que las demandadas AFP COLFONDOS - PROTECCION – ING- PORVENIR, no le dieron a conocer las condiciones de dicho traslado de régimen, indico que el Fondo de pensiones AFP COLFONDOS guardo silencio al no explicarle que para pensionarse con el RAIS es con capital acumulado y con RPMPD, es con las semanas y la edad, que aparece con traslado sin habersele informado sobre la cesión con AFP PROTECCIÓN- AFP PORVENIR; que El Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION – ING- COLFONDOS S.A.- PORVENIR S.A., no le informaron que se vería forzada a cotizar más años de los que exige el RPMD, para obtener una mesada superior al salario mínimo y no le dieron a conocer las garantías o ventajas de traslado de permanencia y el Fondo de pensiones y Cesantías demandado continuó recibiendo los aportes a pensión sin darle una adecuada asesoría. (folios 4 a 6).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A. dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, descapitalización del Sistema Pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.(folios 127 a 134).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica, traslado de aportes. (folios 174 a 177).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** propone las siguientes excepciones: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica. (folios 212 a 213).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** excepciones: buena fe, innominada o genérica, compensación y pago. (folio 218).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de marzo de 2022, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado que de régimen pensional de la actora, del RPMPD, administrado por el ISS al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., ordenó a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos; ordenó a COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A a reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados de la actora, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros; ordenó a PORVENIR S.A realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIAFP (anulación a través de MANTIS) y entregar a COLPENSIONES el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la actora en el RAIS; ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la actora en el RPMPD, reactive su afiliación al RPMPD, sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; costas a cargo de COLFONDOS S.A y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 salario mínimo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas AFP COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la sentencia de Primera Instancia, argumentando que la demandante dentro de las actividades propias demostradas en el debate probatorio no tuvo circunstancias que puedan ser de aplicación frente a la jurisprudencia, de las cuales la juzgadora hizo enunciación y sobre ello hay que tener consideración que la actora no se le genero un daño o perjuicio frente a las actividades propias de la afiliación al RAIS o a los traslados que se generaron entre los Regímenes Pensionales; teniendo en cuenta que la demandante ilustró las diferentes circunstancias como se realizó el traslado del ISS y el fenecimiento de la vida jurídica de este; señaló que claramente las únicas actividades probatorias que se deben tener en

consideración provendrían de las investigaciones frente a las negociaciones indefinidas, que la actora demostró conforme a las actividades propias como lo pueden ser una confesión donde ha señalado que única y exclusivamente que la información fue dada por un asesor comercial como se indicó en primera instancia a una actividad propia pragmática; que se deben establecer unas actividades propias de enjuiciamiento hacia una parte y no hacia otra, cuando no se acreditan las actividades probatorias propias de la misma ley adjetiva, tiene entre otras sanciones dispuestas como que no se den por ciertos los hechos o que incluso puedan conducirse como indicios graves en contra de las pretensiones que la juzgadora no tuvo en cuenta en primera instancia, no tuvo conocimiento dentro de esa parte considerada y no señalar ningún efecto frente a la parte demandante o el motivo por el cual se realizó su traslado, circunstancia por las cuales únicamente se exige a los fondos pensionales acreditar con suficiencia otros elementos constitutivos, que pretende hacer un cambio normativo sobre los negocios jurídicos si se está hablando frente al perfeccionamiento de manera conceptual, los documentales y demás que pretender hacer valer en una etapa precontractual en la cual la información no se puede exigir de manera documental y entre otras diferentes categorías propias como negocio netamente mercantil frente al tema de aseguradoras de pensiones, más aún cuando la demandante no refiere que le hayan causado un detrimento o enjuiciamiento distinto para los efectos de la ineficacia y no se considera que existieran elementos por los cuales no se pudo haber dado la misma.

Por su parte la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**, interpone recurso de apelación frente a la Sentencia proferida por el despacho, especialmente el indicado en el numeral tercero, respecto a la condena de realizar la devolución de los gastos de administración recibidos durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante, indico que la comisión de administración es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a las cuentas de ahorro individual de los afiliados de cada aporte del 16 % que ha realizado para la demandante, el sistema general de pensiones la AFP descuenta un 36% para cubrir los gastos de administración y el seguro previsional a la compañía de seguro, descuentos que se encuentran debidamente autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, y que opera tanto para el RAIS como para el RPMPD; exteriorizo que en caso que se declare la nulidad y la ineficacia de la afiliación al RAIS y se condene a COLFONDOS S.A., a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES, únicamente será procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos generados por la buena gestión de las AFP; pero no es procedente que se ordene la devolución de lo que COLFONDOS S.A., descontó por comisión, teniendo en cuenta que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la Ley como contraprestación de una buena gestión de

administración, como está legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera, lo anterior se concluye en el artículo 1346 del código civil, que habla de los efectos de declaratoria de nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado que se hallaren si no hubiera existido el acto o contrato nulo sin perjuicio sobre el objeto de la causa ilícita en la restitución mutuos que hayan desecho los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro de los intereses infructos y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarios, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posición de buena o mala fe de las partes según las reglas generales y sin perjuicio en el siguiente artículo; en ese orden de ideas si la consecuencia de la ineficacia o afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se ha de entender que el contrato o la afiliación nunca existió y por ende la AFP no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo en el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, interés, frutos y el abono de mejoras con base en esto, indico que ha de entenderse que aunque se declare una ineficiencia y/o nulidad de la afiliación y se haga ficción de que nunca existió el contrato, no puede desconocerse que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras que obtuvo la afiliada en los rendimientos de la cuenta de ahorro individual por la buena gestión de la AFP, la cual debe conservarse teniendo en cuenta que se hizo rentar el patrimonio de la afiliada; revelo que si se condena la devolución de estos dineros estarían frente a un cobro de lo no debido y un requerimiento sin causa, por lo que solicito se revoque la sentencia y sea absuelta COLFONDOS S.A. en los términos manifestados.

Por su parte la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpone recurso de apelación y revocatoria en su totalidad del fallo emitido en primera instancia; indico que teniendo en cuenta que se desconoció las actuaciones realizadas por la actora desde el momento de su afiliación con los traslados de manera horizontal, dentro del RAIS, la actora venía siendo afiliada desde el año 1995, mostrando su interés por pertenecer al RAIS y quería ser regida por las normas de dicho sistema y que ha estado afiliada a este régimen por más de 25 años, en los cuales la demandante en ninguna ocasión acudió a los canales de atención y a la verificación de las circunstancias o de su futuro pensional; que se declaró una ineficacia de traslado, omitiendo el desconociendo la confianza legítima que se doto en los formularios de afiliación, y no pueden olvidar que el formulario de afiliación para el año 1995 al 2003, era la prueba verídica con la cual se ratificaba ese deseo de pertenecer al RAIS, aduce que con la declaratoria de la ineficacia se desconoce esa confianza y se indilga a los fondos privados allegar otras pruebas sumarias para indicar la asesoría y la información brindada; que sin embargo no se puede desconocer que para el año 1995, no existía alguna orden legal para dejar de manera documentada

la asesoría brindada, con los cambios normativos y jurisprudenciales de la ley 1328 del año 2009, y la ley 1748 del año 2004, normatividad que indilgo obligaciones a los fondos privados referente a dejar documentada la asesoría, manifiesto que a su vez también se está desconociendo esa prohibición legal contenida en la ley 797 del año 2003, que indica que no se podrán trasladar en menos de 10 años frente a esos Regímenes Pensionales, y se declara una ineficacia de traslado a pesar de ser existente la prohibición legal, informo que no ha sido detallada por el legislador de manera caprichosa, sino en aras de la sostenibilidad de cada sistema pensional y pretende que se retornen unas sumas a una entidad donde la actora no ha estado vinculada alrededor de más de 25 años; dijo que se desconoció por parte del despacho el acervo probatorio, la documental y el interrogatorio de parte que se indica y se refiere a preguntar a la parte actora si su motivación de retornar a COLPENSIONES, es por motivos de aspiración pensional; que se declaró una ineficacia de traslado a pesar de ser existente y no presento alguna afectación dolosa de esa libertad de escogencia, sino que es una expectativa pensional en materia económica; señalo que esto no puede ser tratado de manera tan automática, inconsulta teniendo en cuenta que se debe valorar cada hecho y cada situación en concreto, y si la demandante quería pertenecer al Régimen de Prima Media, porque no se preocupó por su futuro pensional por más de 25 años de estar afiliada al RAIS, nunca se acercó a los canales de atención de los fondos privados a verificar el estado de su cuenta y los beneficios que tenía, faltando a su deber de diligencia como afiliada, sin embargo la actora se vio beneficiada con la cuenta de ahorro individual puesto que se realizó una debida administración de dichos recursos; informo que presenta inconformidad a las sumas de dinero a retornar y que el artículo 113 de ley 100 de 1993, el concepto de la superintendencia financiera del 17 de enero del año 2020, de manera tac sativa indica cuales son los valores a retornar frente a una declaratoria de ineficacia, concernientes a rendimientos y aportes, bajo este entendido no obra exigencia legal que determine que se deban devolver sumas concernientes a cuotas de gastos de administración en la medida que demuestra haber cumplido a cabalidad los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, que se contrataron seguros de buena fe, con terceros ajenos a PORVENIR S.A., para generar la debida cobertura de la cuenta referente a las contingencias de invalidez y sobrevivencia; revelo que está condenada al devolver unos dineros a COLPENSIONES, afectando sus propios patrimonios y generando enriquecimiento a COLPENSIONES sin justa causa y se van a beneficiar con sumas que no van a llegar a financiar una mesada pensional a la demandante; solicitó se declare la prescripción sobre cualquier suma diferente en caso de declararse avante la declaratoria de ineficacia, teniendo en cuenta que no fueron desconocidas las circunstancias de traslados horizontales, las circunstancias de la autonomía de voluntad privada por parte de la actora, además la ratificación realizada por más de 25 años conforme a la permanencia y generación de aportes al RAIS.

Por su parte la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, interpone recurso de apelación en los siguientes términos, indico que mientras la demandante estuvo afiliada presento buenos rendimientos en la cuenta de ahorro individual, dijo que devolver los dineros a COLPENSIONES, es desconocer la excelente labor que hizo PROTECCION S.A., advirtió que también se estaría desconociendo el derecho a la restitución mutuas establecidas en el artículo 1746 del código civil, teniendo en cuenta que se trata de obligaciones ya acaecidas, también revelo que se produciría un enriquecimiento sin causa a COLPENSIONES, entidad que nunca administro la cuenta de ahorro individual de la demandante, informo que los descuentos por cuotas de administración y de seguro previsional se realizan de acuerdo a la ley los cuales también se hacen en el Régimen de Prima Media; dijo que el seguro previsional es pactado con un tercero que mes a mes se le pago a la aseguradora para mantener vigentes las pólizas que cubrieron a la demandante en caso de que se generará el siniestro de invalidez o muerte y que se está afectando un tercero que es la aseguradora y no está vinculado al proceso. Solicito se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal presentados dentro del termino por COLPENSIONES y PORVENIR, solicitan que se revoque la sentencia en primera instancia, para que en su lugar sean absueltas de todas y cada una de las pretensiones, en cuanto a Ley 100 de 1993 ha sido clara a lo largo de los articulados plasmados, la existencia de prohibición de traslado bajo un término específico, esto es de 10 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, lo que según el marco normativo, además de ello en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

Entre tanto el apoderado de la parte demandada peticiono que se confirme el fallo en primera instancia, indicando que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica per se, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración; iv) si hay lugar declarar la prescripción sobre cualquier suma, teniendo en cuenta que no fueron desconocidas las circunstancias de traslados horizontales.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 14 de febrero de 2019 (fl. 29 a 30).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

su decisión sea concreta y real.

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 18 de mayo de 1961 (archivo – anexos (fl 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1º. de enero de 1991 y el 03 de marzo de 1997, con 211,71 semanas (archivo – anexos fl. 05) historia laboral COLPENSIONES; iii) que el 02 de noviembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS, con fecha de efectividad desde el 01 diciembre del 1995, (fl. 302 archivo COLPENSIONES); que el 23 de marzo de 2000 se trasladó a la AFP, ING, (fl. 301) y el 30 de septiembre de 2003 realizo el traslado a la AFP PORVENIR S.A. con fecha de efectividad 07 de octubre de 2003, (fl. 234) en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1,357 semanas (fls. 233 a 244).

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte al apoderado de COLFONDOS S.A, en el que indicó que su representada no contaba con prueba distinta al formulario de afiliación, con la que se pudiera demostrar que a la demandante se le brindó toda la información clara, completa, precisa y oportuna al momento del traslado del régimen de pensiones, así mismo, informo que la entidad brindo asesoría verbal a la señora MARTINEZ RONDON acerca de los requisitos del Régimen, las diferencias, las ventajas y las desventajas de pertenecer al RAIS.

También absolvió interrogatorio de parte la demandante LUZ CLEMENCIA MARTINEZ RONDON, indico que nació el día 18 de mayo de 1961, que cuenta con 60 años de edad, que su profesión es administradora de empresas y que su residencia queda en Piedecuesta (S/der); igualmente informó que para el año 1995, cuando se encontraba trabajando como secretaria en una plantación para la empresa Indupalma, llegaron muchos asesores de diferentes fondos privados pero entre ellos no había ninguno del ISS, dijo que pasaron por los puestos de trabajo y le toco con un asesor de

COLFONDOS S.A., quien le brindo una charla de 5 minutos, reunión en la que el asesor le informó que el ISS desaparecería y era obligación trasladarse a un fondo privado y que debía seguir haciendo los aportes a ese fondo, que esta información la indujo y firmo el formulario que solo contenía datos personales, además registro una hija como beneficiaria, indico que el asesor no le comunico que en fecha se acababa el ISS, que no sabía cuantas semanas tenia cotizadas en el momento del traslado, ni qué pasaría con los dineros que tenía ahorrados en el ISS, nunca se acercó a verificar información con el Fondo ni el ISS, adujo que tiene conocimiento que el ISS es hoy COLPENSIONES, pero desconoce en qué fecha cambio de nombre; exteriorizo que desea trasladarse nuevamente a COLPENSIONES, porque le dijeron que tenía más beneficios que en el fondo privado, como el valor de la pensión, también informó que en el año 2019 se acercó a PORVENIR S.A., donde le indicaron que la pensión era por un salario mínimo y que podía hacer aportes mayores, expresó que su salario fue variable entre el año 1995 y 2019, desde entonces se encuentra desempleada, no tiene pensión, no tiene presente la fecha en la que se trasladó a PORVENIR S.A., dijo que en algún momento algún asesor le informó en que cuenta le estaban depositando los aportes, que no sabe los rendimientos que tenía en otros fondos, ni tampoco estaba al corriente de que podía pasar con el dinero ahorrado en el fondo de pensiones en caso de su fallecimiento; señaló que después de acercarse a PORVENIR S.A., le empezaron a llegar los extractos de la cuenta; indico que el traslado a PROTECCIÓN S.A., lo hizo porque le enviaron el formulario a la oficina con indicaciones que el fondo donde estaba se iba acabar; revelo que realizo varios traslados por desconocimiento, ya que nunca le explicaron y ella no sabía del tema de pensiones y tampoco se acercó a una sede de dicha entidad para asesorarse.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A., está obligada a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho Fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LUZ CLEMENCIA MARTINEZ RONDON, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior, en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993, que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los

términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando COLFONDOS S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la CESANTIAS Y PENSIONES COLFONDOS., el 02 de noviembre de 1995, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de diciembre de 1995, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020).

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales. Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **LUZ CLEMENCIA MARTINEZ RONDON**.

Ahora, en relación con la orden impuesta a la AFP COLFONDOS S.A. Y AFP PROTECCION S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón les asiste en su reproche a las demandadas, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto).

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUZ CLEMENCIA MARTINEZ RONDON** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A.**, Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

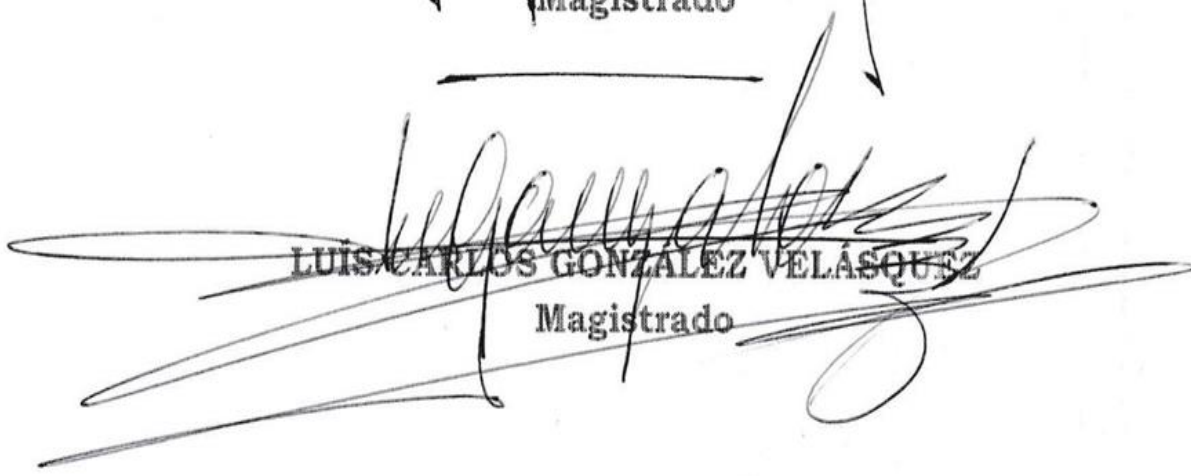
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105002202100087-00

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 25 de febrero de 2022, por el Juzgado Segundo (02)) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALBA JUDITH ROMERO ALVARADO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora Viviana Moreno Alvarado, quien se identifica con Cedula de ciudadanía No. 1.093.767.709 de Los Patios, abogada en ejercicio portadora de la Tarjeta Profesional No. 269607 del C. S. de la J. en los términos y para los efectos de los poderes.

ANTECEDENTES

ALBA JUDITH ROMERO ALVARADO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que se declare que su traslado y afiliación al RAIS con la AFP PORVENIR S.A es ineficaz, que debido a la declaratoria de ineficacia del traslado y afiliación, la afiliación de la actora con COLPENSIONES se mantuvo vigente siempre, es decir, que no hubo solución de continuidad en dicha afiliación; solicitó que se ordene a la AFP PORVENIR S.A, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de la afiliación al RAIS, que proceda a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración efectuados en su momento por la demandante, así como los detalles de los aportes trasladados; que se condene a COLPENSIONES, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de la afiliación al RAIS, a activar la afiliación de la actora en el RPMPD, que acepte y reciba el traslado de los aportes, junto con los rendimientos, frutos e intereses y gastos de administración, y como consecuencia se actualice su historia laboral; también solicitó que se condene a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho del presente proceso y que se condene a las demandadas a todo lo que resulte a favor de la demandante con motivo de las declaraciones extra y ultra petita que resultaren probadas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 09 de septiembre de 1965, acreditando a la fecha 54 años de edad, informó que según historia laboral emitida por COLPENSIONES el 07 de noviembre de 2019, acreditaba 477 semanas de cotización en el RPMPD, que realizó aportes al ISS, de forma discontinua en el periodo comprendido entre el 27 de noviembre de 1987 y el 30 de abril de 1999, que sus aportes al RAIS con la AFP PORVENIR S.A., registró 699 semanas de cotización, durante el periodo comprendido entre mayo de 1999, hasta febrero de 2020, como se observa en historia laboral consolidada del 15 de abril de 2020 emitida por la AFP PORVENIR S.A., indicó que no obstante, lo certificado por COLPENSIONES en la historia laboral del 07 de noviembre de 1999, así como que la AFP PORVENIR S.A. en el consolidado del 15 de abril de 2020 que con COLPENSIONES acreditaba 533 semanas, adicionando un periodo de aportes del 17 de julio de 1987, al 01 de enero de 1988 y del 01 de marzo de 1991, al 12 de enero de 1992, que con corte a diciembre de 2019, tiene 1.232 semanas de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, de los cuales 533 corresponden a aportes realizados al RPMPD con el ISS, y el restante, es decir 699 corresponden a aportes cotizados en el RAIS, como consta en historia laboral consolidada del 15 de abril de 2020 emitida por PORVENIR S.A. Exteriorizó que para el día 21 de mayo de 1999, fue abordada por asesores adscritos a la AFP PORVENIR S.A, quienes le convencieron de aceptar un traslado pensional, suscribiendo para tal fin el

formulario de afiliación N° 01185832, por lo que desde entonces y hasta la fecha es esta entidad quien administra sus aportes pensionales, afirmó que los asesores no le informaron de manera clara, cierta, oportuna y suficiente las consecuencias jurídicas que tendría el traslado de régimen pensional, que los no le hicieron una descripción de las características, ventajas y desventajas objetivas de afiliarse al RAIS o al RPMPD, que no se le hizo un comparativo entre los dos regímenes pensionales, así mismo informó que el asesor que atendió personalmente su caso, nunca le efectuó una proyección de su pensión al momento en que se dio el traslado de régimen, sin embargo, le aseguró que su pensión en el RAIS sería superior a la que obtendría en caso de permanecer afiliada al RPMPD, administrado en aquella oportunidad por el ISS, que omitió explicarle cómo lo lograría y le manifestó que tanto el ISS, junto con el RPMPD, desaparecerían pronto y que la única opción era afiliarse a un Fondo Privado de Pensiones que de lo contrario todos los aportes realizados al ISS se perderían; manifestó que PORVENIR S.A, nunca le indicó que la Ley 797 de 2003 dispuso un periodo de gracia que se extendió desde el 29 de enero de 2003 al 29 de enero de 2004 y que permitía el traslado entre regímenes sin limitación ni permanencia previa, afirmó que los asesores de PORVENIR S.A, nunca le informaron que no podría trasladarse de régimen pensional cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, y según esto, tenía plazo hasta antes de cumplir los 47 años de edad para trasladarse de régimen pensional. Informó que presentó solicitud con el oficio No 0100222104119000 del 28 de noviembre de 2019; de la simulación pensional comparativa entre los dos regímenes pensionales en cuanto al valor de la mesada que le correspondería al momento en que reuniera los requisitos para pensión, pero PORVENIR S.A emite oficio, sin fecha de emisión, en donde se indicó que a la edad de 57 años, recibiría en el RAIS una mesada pensional equivalente a \$877.803, que con respecto a la mesada pensional en el RPMPD, señaló PORVENIR en el oficio mencionado en el hecho anterior que se abstiene de emitir pronunciamiento toda vez que tal determinación es propia de ese régimen (RPMPD) porque las variables para determinar el monto difieren de las que por ley le corresponde emplear a las Administradoras de fondos de pensiones privadas, como PORVENIR S.A., que no obstante, al ser PORVENIR S.A. la administradora de los aportes pensionales y toda la información relacionada con sus cotizaciones, mediante oficio N° 0100222105249500 del 21 de enero de 2020 se le reiteró la solicitud de proyección de la mesada pensional en RPMPD; en respuesta al mismo la AFP PORVENIR S.A. emite nuevamente oficio, sin detallar número del mismo ni fecha de emisión, a través del cual insiste en abstenerse de emitir pronunciamiento debido a que tal determinación es propia de ese régimen (RPM) porque las variables para determinar el monto difieren de las que por ley le corresponde emplear a las Administradoras de fondos de pensiones privadas, como PORVENIR S.A., informó que ante la negativa de la AFP PORVENIR S.A, para dar a conocer el valor pensional simulado de la mesada a devengar en caso de permanecer en el RPMPD, procedió a realizar la respectiva liquidación, arrojando como resultado que, a la edad de 57 años, devengaría una mesada pensional de

\$1.539.000; debido a tal diferencia y al notar que lo ofrecido por la AFP PORVENIR S.A. al momento de la afiliación, que fue una mejor mesada pensional a cualquier edad y no se cumplió, que por el contrario, fue engañada, porque le ocultaron información y tergiversaron beneficios, entonces decidió, por intermedio de apoderada, radicar solicitud No. 0100222107066100 del 06 de marzo de 2020, mediante la cual requiere a la AFP PORVENIR S.A para que procediera con la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional; así mismo, radicó oficio N° 2020_3076294 del 04 de marzo de 2020, en COLPENSIONES, para que procedieran con la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, por existencia de vicios y no haber sido asesorada y debidamente informada al momento en que realizó el traslado de régimen pensional por esa administradora; como respuesta COLPENSIONES remitió oficio BZ2020_3139008-0635312 del 05 de marzo de 2020, informando que no es procedente la anulación de la afiliación pretendida por cuanto, manifestó voluntad por medio de formulario de afiliación, dejando claro también que la obligación para realizar la asesoría pensional apenas tuvo efectos a partir del 01 de octubre de 2016, sin que mantenga efecto retroactivo alguno; que solo procede anulación en casos en que se haya demostrado falsedad en el formulario de afiliación o que se haya afiliado sin consentimiento del trabajador, situación en que debe pronunciarse una autoridad judicial competente; exteriorizó, que la AFP PORVENIR S.A se pronunció por medio de correo electrónico del 19 de junio de 2020, donde expone que en la afiliación medió el libre albedrío, situación que demuestra conformidad por cuanto percibió los beneficios que entregaba la AFP; y que la AFP realiza exhaustivos procesos de capacitación a los asesores con el fin de bridar una sana interacción con el cliente, con el fin de que se atiendan las dudas que se tengan por parte del afiliado, que tales asesorías son verbales y sobre ellas no queda documento físico alguno que de fe sobre lo afirmado, concluye indicando que no es jurídicamente posible acceder a la solicitud de anulación de la afiliación, por cuanto dicha competencia radica en los Jueces de la República, toda vez que el traslado cuenta con los requisitos que la norma dispuso. (páginas 3 a 5).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del Sistema Pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público, innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de febrero de 2022, por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora ALBA JUDITH ROMERO ALVARADO, a la AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A., el día 21 mayo de 1999; condenó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA 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 de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados y los gastos de administración, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado; ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 27 de noviembre de 1987, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a la parte accionada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas AFP PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpone recurso de apelación y revocatoria en su totalidad del fallo emitido en primera instancia; solicitó a los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revocar las condenas que fueron impuestas en el entendido de que no debió declararse la ineficacia de la afiliación y sea absuelta: argumento que PORVENIR S.A., si cumplió con el deber de la información, respecto del acto de afiliación, realizado a la demandante en el año de 1999, y que dicho acto debió analizarse de acuerdo al momento histórico que fue cuando se suscribió el formato de afiliación por parte de la actora, no se encuentra normatividad que exigiera a PORVENIR S.A., presentar información en los términos que fueron exigidos por parte del despacho, en las consideraciones de la sentencia, por lo cual se cae por su propio peso cualquier declaratoria que se pudiese hacer, respecto de la suscripción del formulario de afiliación, que fue de voluntad libre e informada a la demandante y que como se manifestó a los largo del proceso, cumplió con los requerimientos que en su momento eran exigidos por la Superintendencia Financiera y no pueden desconocerse con posterioridad a partir de los requerimientos, que surgen de manera adicional, con posterioridad al acto de traslado; explicó que así mismo no hay lugar a la declaratoria de ineficacia y las condenas que se impusieron a PORVENIR S.A., en el numeral segundo de la sentencia, especialmente lo que tiene que ver con el traslado de los gastos de administración, solicitó que se analice a partir de la normatividad establecida en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, donde el legislador autoriza a las administradoras de Fondos de Pensiones, descontar lo correspondiente a gastos de administración, que se traducen en la gestión y en la buena fe, que se realizan los aportes de cada uno de los afiliados de manera mensual como es el caso de la aquí demandante, y que desde el momento de la afiliación, tuvo una buena administración que ha generado rendimientos financieros como se evidencia en la documentación que aportaron; informó que desde el 21 de mayo de 1999, COLPENSIONES, no ha tenido la administración de los aportes de la demandante, lo que implica que retornar los gastos de administración hacia COLPENSIONES, generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de dicha entidad; solicitó se estudie la excepción de prescripción de acuerdo a los términos que se establecen en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social; manifiesto que toda vez que la declaratoria de ineficacia no prescribe, no hay lugar a que no puedan prescribir las eventuales prestaciones que se hubieren causado, como lo son los gastos de administración, expuso que también son susceptibles del fenómeno de la prescripción, en la medida en que no están destinados a financiar las posibles mesadas pensionales de la actora, que pudieren ser reconocidas en un régimen u otro y que en ese sentido debería darse prosperidad a la excepción formulada, especialmente en lo que tiene que ver con los rubros antes mencionados, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A., ha ejercido el derecho de contradicción y defensa de acuerdo a los parámetros legales establecidos; finalmente aduce que tampoco habría lugar a que se emita

condena alguna por concepto de costas, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A., obro de buena fe.

Por su parte la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la Sentencia en Primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, siendo un tercero que actuó de buena fe; teniendo en cuenta lo siguiente: Indebida valoración probatoria ya que existe una desproporción de la carga de la prueba, advirtió que si bien es cierto que hay una carga sobre el fondo de brindar una información, clara, necesaria y oportuna al afiliado, están frente a una relación contractual, donde las dos partes generan unas obligaciones y unos derechos, que se deben acatar, y generan unos efectos jurídicos, la asesoría o información suministrada por el fondo fue de manera verbal, y la única persona que lo puede acreditar es la demandante; indico que la AFP tiene múltiples afiliados y establecer eso es una carga probatoria a la AFP, y que sería desproporcional cuando se ven actos de relacionamiento dentro del mismo que generan esa convicción de permanecer en el RAIS, el afiliado no es novato para tener conocimiento que se encuentra en un marco normativo o que es de obligatorio acatamiento para las partes, las formas y características se encuentran de este modo evidenciadas, revelo que de igual manera se estaría también omitiendo la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modifico el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, cuando faltare menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, no se puede declarar la ineficacia o realizar un traslado pensional, lo que buscaba el legislador era no descapitalizar el sistema y que la actora tampoco pudo acreditar que existiera algún tipo de vicio en el consentimiento, además que se pudo establecer que su traslado fue libre y voluntario, finalmente alega que teniendo en cuenta lo anterior, declarar la ineficacia seria desproporcional y afectaría todo el esquema financiero y cada una de las personas, de los afiliados que si han venido realizando aportes, aún más cuando están prontos a solicitar los requisitos para pensionarse.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR S.A., solicitó que se revoque la sentencia en cuanto a que argumenta que la demandante realizo el traslado de régimen de manera libre, voluntaria y consiente, tal como se expresa en los formularios de afiliación además de ello que no existió ningún elemento que demostrara el vicio de consentimiento, ya que si se le brindo información sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen.

Por su parte COLPENSIONES, requiere su absolución y que se revoque en su integridad el fallo argumentando que la demandante realizo el traslado para el año 2005, el cual se dio con plena validez, además de ello que la actora cuenta con la edad de 59 años, es decir que no podrá trasladarse de

régimen ya que se encuentra dentro de los últimos 10 años para obtener derecho a la pensión de vejez.

Finalmente, la parte actora, suplica se declare la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, como fundamento principal, porque no se le brindó asesoría e información necesaria, completa, eficiente, eficaz, cierta y oportuna del cambio de régimen y de las implicaciones que conllevan las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual como tampoco de las formas de pensión que tiene el RAIS.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración y iv) si hay lugar declarar la excepción prescripción de acuerdo a los términos que se establecen en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 18 de marzo de 2020 (fls. 34 a 36) y su respuesta el 05 de marzo de la misma anualidad (fls. 37 a 39).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues

independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 09 de septiembre de 1965 (fl 11); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 27 de noviembre de 1987 y el 30 de abril de 1999., 533 semanas (fl. 63 a 68 - archivo 08); iii)

que el 21 de mayo de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR, con fecha de efectividad desde el 01 de julio de 1999, (fl. 56 archivo 07) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 669 semanas (fls. 28 a 65 – archivo 07); para un total de 1232 semanas cotizadas.

También absolvió interrogatorio de parte la demandante, donde indico que nació el día 09 de septiembre de 1965, que cuenta con 56 años de edad, informó que labora con la Sub Red Integrada de Servicios de Salud Sur y actualmente está trabajando en la oficina de nómina, explicó que antes laboraba en una empresa llamada Bano Italiano, que en esa empresa iban muchos asesores de diferentes fondos privados, que para el año 1999, se acercó a la empresa un asesor de PORVENIR S.A., el que le informó que estaba afiliada al ISS, y este iba a desaparecer, por lo cual era mejor que se afiliará de una vez con PORVENIR S.A., que solo iba cambiar de razón social y que las garantías iban hacer las mismas que tenía en el ISS, que internamente entre PORVENIR S.A., y el ISS hacían el traslado de lo que tenía cotizado hasta el momento, el asesor diligenció el formulario de afiliación y ella lo firmo, que lo hizo de manera libre y voluntaria porque pensó que era lo más conveniente, no se acercó a validar información porque confió en el asesor de PORVENIR S.A., advirtió que no sabía la diferencia entre un fondo y otro, que hace aproximadamente 2 años unos compañeros de trabajo le dijeron las ventajas de trasladarse a COLPENSIONES, porque la liquidación era diferente al fondo privado, aduce que se siente engañada, porque en el fondo privado saldría pensionada con \$1.000.000 y en COLPENSIONES saldría pensionada maso menos en \$1.500.000; menciono que nunca se acercó a los canales de atención de COLPENSIONES a corroborar la información dada por el asesor de PORVENIR S.A., que actuó de buena fe por el afán de la afiliación porque estaba entrando a un nuevo trabajo, indicó que aún no se ha pensionado porque no cuenta con la edad, que no solicito traslado antes de los 47 años de edad, y no recibe extractos de la cuenta individual de ahorros.

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

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

De ahí que, existió error de hecho cuando PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la PORVENIR S.A., el 21 de mayo de 1999, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de julio de 1999, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021).

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad

de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020).

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **ALBA JUDITH ROMERO ALVARADO**.

En relación con la orden impuesta a la AFP PORVENIR S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón les asiste en su reproche a las demandadas, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto).

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado de la actora al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de febrero de 2022, por el Juzgado Segundo (02)) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ALBA JUDITH ROMERO ALVARADO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

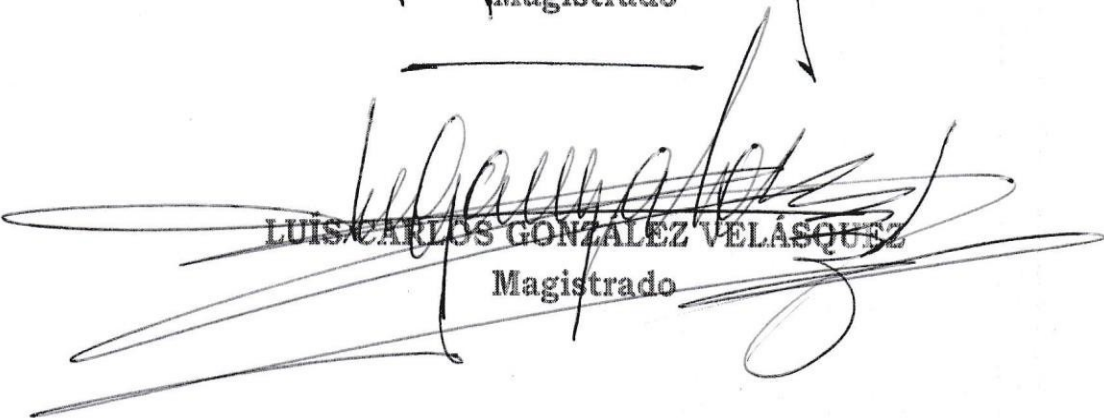
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 1100131050 04202000322-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 24 de enero de 2022, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ANA ISABEL GONZALEZ MONTOYA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

ANTECEDENTES

ANA ISABEL GONZALEZ MONTOYA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., para que se declare Declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ella al RAIS. que se declare que tiene derecho a estar afiliada en el RPMPD, solicitó como consecuencia de lo anterior, se declare para todos los efectos legales que ella siempre ha permanecido afiliada en el RPMPD, en cabeza de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES; así como que se ordene el traslado de los aportes realizados por la actora en el RAIS AL RPMPD, junto con los rendimientos, frutos y Bono Pensional si hubiere lugar a ello; requirió se condenen a COLPENSIONES, la AFP PROTECCIÓN, la AFP COLFONDOS y la AFP SKANDIA, a cancelar las Costas Procesales, incluidas

las Agencias en Derecho; finalmente pretendió que se le reconozca los pagos distintos a los solicitados cuando hayan sido discutidos y probados, lo mismo que a pagos superiores bajo el principio y poder del Juez de Extra y Ultra Petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 12 de agosto de 1956., indicó El día 1 de mayo de 1996, se afilió al RAIS – con la AFP PROTECCIÓN, que a partir del día 1 de noviembre de 2001, se trasladó a la AFP COLFONDOS; que el día 2 de julio de 2003, se trasladó a la AFP SKANDIA, AFP a la que actualmente se encuentra vinculada; exteriorizó que de acuerdo con el reporte de historia laboral emitido por la AFP SKANDIA acredita 1.201 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones. Manifestó que la decisión de afiliarse al RAIS, no fue una decisión informada, autónoma y consciente, teniendo en cuenta que se le brindó una información completa, integral, veraz e imparcial, sobre las condiciones de la afiliación al RAIS, ni se le entregó la información necesaria para establecer un comparativo entre las características, ventajas y desventajas que conforman el Sistema General de Pensiones, alega que a la AFP PROTECCIÓN, en su calidad de Administradora del RAIS, le correspondía documentar en forma clara y suficiente los efectos que acarrea el cambio de régimen so pena de nulidad o ineficacia del traslado de régimen. Posteriormente comunico que el día 6 de agosto de 2020, se radicó un Derecho de Petición ante la AFP PROTECCIÓN, solicitando copia de los documentos en los que conste la información brindada al momento de la afiliación, se declare la ineficacia de la afiliación realizada a ese fondo de pensiones y se ordene el traslado de los aportes al RPMPD, en cabeza de COLPENSIONES; que la misma entidad a través de correo electrónico de 10 de agosto de 2020, hace entrega de la copia del formulario de afiliación y vinculación con esa AFP, y frente a la ineficacia de la afiliación, señaló que se suscribió el formulario de afiliación por parte de ANA ISABEL GONZALEZ MONTOYA y por tanto la afiliación es válida, indicó que AFP no hace entrega de ningún soporte documental que acredite la información o asesoría brindada a mí poderdante al momento de la afiliación ni de la capacitación o formación profesional del asesor que la abordó en temas de seguridad social. Igualmente informó que el 29 de julio de 2020, se radicó un Derecho de Petición ante la AFP COLFONDOS, solicitando copia de los documentos en los que conste la información brindada a mí poderdante al momento de la afiliación, se declare la ineficacia de la afiliación realizada a ese fondo de pensiones y se ordene el traslado de los aportes al RPMPD, en cabeza de COLPENSIONES y que a la fecha de radicación de la presente demanda, la AF COLFONDOS no ha brindado una respuesta a la reclamación presentada. Que el día 29 de julio de 2020, se radicó un Derecho de Petición ante la AFP SKANDIA, solicitando copia del formulario de afiliación, de las variables que se tienen en cuenta para determinar el valor de la mesada pensional y una proyección del valor que por ese concepto le correspondería en el RPMPD, en cabeza de COLPENSIONES y en el RAIS, que con comunicación LC 2434 de 14 de agosto de 2020, hace entrega de la copia del formulario de afiliación, frente al valor de la mesada pensional, señala que en el RAIS, a la edad de sesenta y cuatro (64) años, el valor de la mesada pensional de mí poderdante ascendería a la suma de \$3.112.000, que no hizo entrega de una proyección de la mesada pensional en el RPMPD, pero que el valor de la mesada pensional en el RPMPD, de acuerdo con proyección adjunta, ascendería para el año 2022 a la suma de \$10.018.254.

Reiteró que el día 29 de julio de 2020, radicó un segundo Derecho de Petición ante la AFP SKANDIA, solicitando copia de los documentos en que conste la información brindada al momento de afiliarse a esa AFP; solicitó que se declare la ineficacia de la afiliación y se ordene el traslado de los aportes al RPMPD, en cabeza de COLPENSIONES, entidad que respondió a través de comunicación de 14 de agosto de 2020, donde señaló que la afiliación a esa AFP es válida, que para el momento de vinculación ya contaba con más de 47 años de edad y por ello desestima las pretensiones contenidas en la reclamación administrativa, sostuvo que la AFP P SKANDIA, no hace entrega de ningún soporte que acredite haberle brindado una asesoría en forma previa a la vinculación con esa entidad ni documentación alguna que acredite la idoneidad o cualificación de la persona que la abordó en forma previa a la afiliación. Que el día 30 de julio de 2020, se radicó un Derecho de Petición ante COLPENSIONES, solicitando se declarara la ineficacia de la afiliación realizada por ella y se autorice su vinculación en el RPMPD, COLPENSIONES, a través de comunicación BZ2020_7358273 de 31 de julio de 2020, deniega las pretensiones solicitadas. Finalmente explica que agoto la reclamación administrativa y se da cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 6° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 4 de la Ley 712 de 2001.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, propuso las excepciones de 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; inobservancia del principio Constitucional de Sostenibilidad Financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política); buena fe de COLPENSIONES; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; innominada o genérica. (fls. 502 a 506).

SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., propuso las excepciones de inexistencia de afiliación previa al régimen de prima media; SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; ausencia de configuración de causales de nulidad; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al rais; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera

parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante; prescripción; buena fe; genérica (fls. 203 a 29).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago. (fls. 353 a 351).

PROTECCION S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir; inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir; 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 e Innominada o Genérica; (fls. 451 a 456).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de inexistencia de la afiliación previa al Régimen de Prima Media. Decidió absolver a las demandadas de todas pretensiones de la demanda. Dijo que no hay lugar a pronunciarse respecto del llamamiento en garantía; condenó en costas a la actora y fijó agencias en derecho por la suma de 200.000 pesos a cargo de la actora y a favor de SKANDIA, COLFONDOS, PROTECCIÓN Y COLPENSIONES, finalmente concedió el grado jurisdiccional de consulta a favor de la actora en caso de no ser apelada la decisión.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la parte actora., presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **APODERADO DE LA SEÑORA ANA ISABEL GONZALEZ MONTOYA.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, que su lugar se acceda a todas la pretensiones de la demanda y se declare la ineficacia de la afiliación en el RAIS por la demandante y se acepte en el RPMPD, hizo referencia sobre el artículo 13 de la 100 de 1993, en el literal B, que establece; *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del*

traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente Ley”; alega que la Corte Suprema hace referencia sobre el Decreto 663 de 1993, norma que ha servido de fundamento para establecer la obligación de brindar asesoría, de modo que el afiliado pueda conocer las características de los sistemas públicos y privados de pensiones, que dicha afiliación debe estar precedida de una información veraz, clara, completa y transparente por parte de la administradora del RAIS, y que se le pongan de presente cuales son las consecuencias que se siguen de tomar la decisión de afiliación, fundamentó que su poderdante al momento de afiliarse con la AFP, tenía el derecho de conocer la existencia de los regímenes pensionales, cuales eran sus características, su funcionamiento y los requisitos que cada uno tiene para acceder a una pensión de vejez, que no se le garantizó el derecho a la voluntad de acceder a esa afiliación inicial bajo el conocimiento informado, consideró que el excluir a la demandante en la sentencia es un trato discriminatorio que no está justificado, solicitó tener presente los artículos 10, 12 del Decreto 720 de 1994, respecto a la responsabilidad y obligaciones de los promotores quienes deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión a las prestaciones que tenga derecho el afiliado; con respecto a lo anterior aseguró que la demandante nunca se le informó de la coexistencia de otro de los regímenes pensionales y que mucho menos se le brindó una información amplia y oportuna, que no se le entregó información relacionada con el RPMPD, características de los regímenes, tipo de modalidad de pensión, requisitos para pensionarse; expuso también que la demandante no obtuvo el conocimiento para la toma de decisión y que al momento de la afiliación no se cumplió con el deber de la información, indicó que si la demandante hubiera recibido una información oportuna y conocimiento muy seguramente se habría trasladado a COLPENSIONES, como tampoco en los traslados horizontales fue informada debidamente, finalmente enfatizó en que el solo diligenciamiento del formulario de afiliación no es una fuente legal de información y no permite acreditar un consentimiento no informado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, MANPRE llamada en garantía solicita mantener inalterable la decisión tomada por el a quo en cuanto en el fallo que se impugna mediante el cual se absolvió a las demandadas y a MANPRE como llamada en garantía.

Entre tanto, la parte demandante peticiono que se revoque la sentencia en cuanto los fondos privados no le dieron la suficiente información, para realizar el traslado no le informaron las ventajas y desventajas, además de ello la hicieron incurrir en error al no ejercer el deber que tienen de información.

Finalmente, COLPENSIONES, impero la confirmación del fallo en cuanto a que no es posible declarar la ineficacia del traslado por cuanto la demandada ya se encuentra pensionada por la AFP PORVENIR S.A.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuestos por la demandante, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar probada la excepción de inexistencia de la afiliación previa al Régimen de Prima Media, la cual tuvo como consecuencia, absolver a todas las demandadas. i) si ING hoy PROTECCIOÓN S.A., cumplió con el deber de información clara y completa.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 29 de julio de 2020 y su respuesta el 31 de julio de 2020. (fls 161 - 162 y 167 - 168).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre,**

espontánea y sin presiones. Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además***

dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

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

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

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

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el

desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 12 de enero de 1956 (fl. 115); ii) que empezó cotizando en el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por ING HOY PROTECCIÓN S.A. el día 8 de mayo de 1996, posteriormente a Colfondos y, por último, se trasladó a SKANDIA S.A. el día 2 de julio de 2003, administradora en la que actualmente se encuentra (fl. 80 Archivo 05).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte a la demandante, quien informó que nació 12 de enero de 1956, que el 08 de mayo de 1996, inicio laborando con Seguros Bolívar, y se afilio con DAVIVIR Fondo Privado, porque Seguros Bolívar era dueño de DAVIVIR y su empleador le dio el formulario, informó que contaba con 40 años de edad, era su primer empleo, se encontraba viuda, que estudio 9 semestres de Comercio Internacional, testificó que en el momento de firmar el formulario no estaba presente ningún representante de DAVIVIR, solo se encontraba su jefe, la secretaria y ella, que firmo el formulario por que estaba firmando su contrato de trabajo y esto hacia parte de los requisitos para iniciar sus labores, que lleno el contrato y el formulario, como beneficiarios coloco a sus hijos, aseguró no haber leído el formulario minuciosamente, manifestó que nunca fue a ningún fondo a recibir asesoría sobre los sistemas pensionales; indicó que posteriormente se traslado a COLFONDOS S.A. cuando unos asesores se acercaron a la oficina y le ofrecieron mejor rentabilidad e intereses, que por este motivo acepto el traslado y se afilio, aseveró no recordar cuanto tiempo duro la capacitación, exteriorizó que no le informaron que era una cuenta de ahorro individual, rendimientos, que el monto de su pensión en el RAIS dependía del capital ahorrado, que se podía pensionar en cualquier edad, sobre pensión vitalicia, dijo no estar segura de que le hubieran hecho una proyección pensional, así como que nunca le hicieron una explicación comparativa entre el RPMPD y el RAIS, aseguró que la AFP SKANDIA S.A. le hizo llegar siempre lo extractos, que no recuerda si PROTECCIÓN S.A. le

envío extractos, aseguró que nunca se acercó a COLPENSIONES a recibir asesoría, ni a recibido de su parte una proyección pensional, afirmo que no tenía conocimiento de estar afiliada a un Fondo Privado, que no conocía la diferencia entre los regímenes de pensiones, que su error fue nunca averse interesado en el tema; afirmó jamás haber pertenecido al RPMPD, indicó que nunca ha solicitado una pensión anticipada con SKANDIA S.A., ni se encuentra pensionada por invalidez, que en el momento de realizar el traslado a SKANDIA S.A. en el año 2003, fue asesorada por un promotor quien le hablo de mejor rentabilidad y que era una entidad más estable por ser internacional, finalmente comunicó que su intención de trasladarse a COLPENSIONES es porque se enteró con las compañeras de trabajo, que pensionarse con el Fondo Privado, el valor seria de una pensión mínima y con COLPENSIONES del 70% de su salario, esto la llevo asesorarse con un abogado.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede advierte la Sala, que la señora **ANA ISABEL GONZALEZ MONTOYA**, nunca estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, por lo tanto, no se puede en este punto pregonar una nulidad de traslado, en vista que, lo que busca la nulidad es volver las cosas a su estado anterior.

Ahora bien, lo que si se vislumbra es que la parte actora estuvo afiliada por más de 25 años en el régimen de ahorro individual con solidaridad, es más, cambiando de AFP, tal y como quedo demostrado en las pruebas allegadas al expediente.

Así las cosas, no es de recibo para la Sala, el hecho de que la actora consideró que ING hoy PROTECCION S.A, incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliada. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior, por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

Por lo tanto, no se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 ídem.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de PROTECCION S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar la nulidad de la afiliación a Protección s.a., por lo antes dicho y porque jamás estuvo vinculada y afiliada al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida, requisito *sine qua non*, para declarar la nulidad o ineficacia de traslado.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. La de primera se confirma.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de enero de 2022, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ANA ISABEL GONZALEZ MONTOYA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$200. 000.00., y a favor de las demandantes. Las de Primera Instancia se confirma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

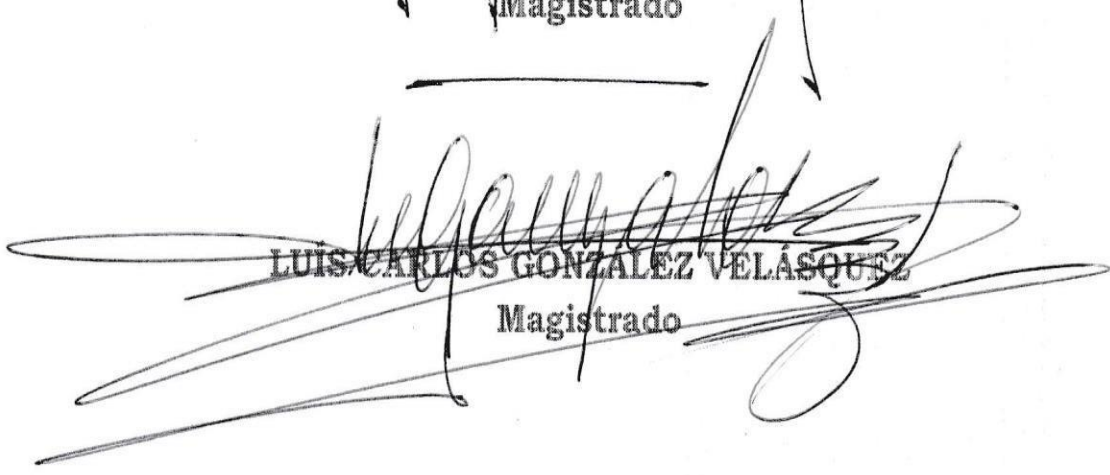
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 11001-31-05-014-2019-00197-01
Demandante: **JUAN ISIDRO PEÑA BENAVIDES**
Demandados: **INDUSTRIA MILITAR - INDUMIL**

En Bogotá D.C. a los **04 DIAS DEL MES DE NOVIEMBRE DE 2022**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido en el Decreto 806 de 2020, erigido en legislación permanente por la Ley 2213 de 2022, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 3 de marzo de 2022, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

JUAN ISIDRO PEÑA BENAVIDES demandó a **INDUSTRIA MILITAR – INDUMIL**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo de carácter indefinido, entre el 16 de enero de 1981 y el 15 de enero de 2018, que terminó en forma unilateral, ilegal y sin mediar justa causa; en consecuencia se condene de manera principal a reintegrarlo al cargo de *Jefe de División de Producción*, en la división de Producción, Fábrica Santa Bárbara, con el mismo salario que venía devengando al momento del despido, o a otro de igual o superior categoría y remuneración, junto con el pago de salarios, y

prestaciones laborales dejadas de percibir durante el tiempo que ha permanecido cesante y hasta el momento en que sea efectivamente reintegrado; subsidiariamente se ordene el pago de la indemnización por despido ilegal e injusto tasada conforme al cálculo actuarial presentado con la demanda, reliquidación de cesantía, intereses a la misma, prima de servicios, con base en el verdadero salario devengado, incluyendo la “...PRIMA TÉCNICA Y PRIMA DE RIESGO (\$7.000.631), por cada anualidad...”; indemnización moratoria en que incurra la accionada “...en el pago de la **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO** y de todas las anteriores acreencias prestacionales...”; indexación y, costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda que el actor fue vinculado como trabajador oficial en la accionada, mediante contrato de trabajo de carácter indefinido, entre el 16 de enero de 1981 y el 15 de enero de 2018, es decir por espacio de 37 años; que durante ese tiempo le fue reconocido distintos ascensos y encargos, conforme relación hecho 4° (fl. 211 PDF 019); mediante Resolución No. 021 de 12 de febrero de 1999, se le reconoció una *prima técnica* y una *prima de riesgos* como complemento de su salario; mediante comunicación No. 01.992.597 del 21 de noviembre de 2017 la demandada “...abruptamente, en un acto injustificado, unilateral, revestido de una ostensible ilegalidad y bordeando los límites de la ley de garantías electorales, rompe el nexo contractual con invocación de un excesivo poder discrecional, inspirado en una extinguida figura, antaño reconocida como “**CLAUSULA DE RESERVA**”, sin media JUSTA CAUSA o mediante la correspondiente reparación de perjuicios e indemnización por despido injusto y/o ilegal...”.

Señala que el 9 de julio de 2018, elevó a través de apoderado judicial, reclamación administrativa previa, conforme lo establecido en el artículo 6 del CPL; el 3 de agosto de 2018, mediante oficio No. 02.067.874, la accionada dio respuesta argumentando que la terminación del contrato fue totalmente legal, toda vez que la determinación de finalizarlo, se adoptó al expirar el plazo presuntivo pactado en el contrato, sin ahondar en las mayores consideraciones jurídicas y de hecho, esbozadas en la reclamación “...En consecuencia, la empresa accionada decidió negar todas y cada una de las peticiones solicitadas en la reclamación, ya que con su proceder, -indica la misma-, no vulneró derecho alguno al trabajador...”; que mediante Resolución 064 del 9

de abril de 2018, la accionada ordenó y reconoció el pago deficitario de unas prestaciones sociales por valor de \$68.527.919, notificada el 20 de abril de 2018, sin hacer referencia o distinguir ningún tipo de indemnización, reparación de perjuicios u otros; que el último salario fue la suma de \$7.000.631, discriminado en: “...4..468.488 – Básico Mensual. 1,787.395 - Prima Técnica (a razón del 40% del básico). 744.748 - Prima de riesgo (a razón del equivalente de la doceava del Básico Mensual reconocido x 2 año año) ...” (fls. 209 a 230 PDF 01).

La demanda fue repartida al Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., autoridad que, con proveído de 14 de junio de 2019, la admitió, ordenando la notificación de la parte demandada en los términos allí indicados y de la *Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado* (fl. 245 y 246 ídem).

La entidad demandada **INDUSTRIA MILITAR – INDUMIL-**, dentro del término legal y por conducto de apoderada judicial, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, señalando que “...teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la Industria Militar, la condición de trabajador oficial del demandante, aunado a lo previsto y autorizado por la Ley 6 de 1945, su Decreto Reglamentario 2127 del mismo año y lo hoy señalado por el Decreto 1083 de 2015, las partes de común acuerdo suscribieron un contrato de trabajo a término fijo de un (1) año, entendiéndose prorrogado por periodos iguales sucesivamente, tal como incluso se convino en la cláusula V. del mencionado contrato. Razón por la cual es evidente y completamente legal la terminación del contrato por el VENCIMIENTO DEL TÉRMINO PACTADO O PLAZO PRESUNTIVO, al ser éste un modo legal y objetivo de terminación, permitido por las normativas mencionadas, y no una decisión unilateral, ilegal e injusta como lo afirma desacertadamente el actor...”; por tanto, resulta que no hay lugar al reintegro y demás acreencias pretendidas; aunado a que durante la vigencia del contrato de trabajo, la entidad reconoció y pagó en su totalidad los salarios derivados de la prestación del servicio hasta su terminación, incluido lo correspondiente en la liquidación definitiva de prestaciones sociales.

Precisa que no hay lugar a reliquidación alguna por los conceptos que menciona el actor, dado que tales beneficios no fueron ni son constitutivos de salario, no son factor salarial, “...la naturaleza jurídica de cada uno de ellos se encuentra legalmente reglamentada y regulada a través de los **ACUERDOS DE LA JUNTA DIRECTIVA DE INDUMIL** ... además las condiciones de su asignación y beneficio fueron del pleno conocimiento del

demandante, como consta en los mencionados actos administrativos de asignación y reconocimiento. Adicionalmente es conducente advertir que durante la vigencia del contrato de trabajo INDUMIL reconoció y pagó en su totalidad las prestaciones sociales y emolumentos derivados de la prestación del servicio hasta su terminación, incluido lo correspondiente en la liquidación definitiva de prestaciones sociales. Sin que a la fecha se adeude suma alguna de dinero por tales conceptos...”.

Indico en el acápite de HECHOS, FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA, que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente entre el 16 de enero de 1981 y el 15 de enero de 2018, “...periodo en el cual ostentó la condición de trabajador oficial, y su último cargo desempeñado fu de JEFE DE DIVISION DE PRODUCCION DE FASAB y su último salario devengado correspondió a la suma de \$4.468.488. Al respecto, se precisa que la terminación del mencionado contrato de trabajo suscrito por el señor JUAN ISIDRO PEÑA BENAVIDES, por VENCIMIENTO DEL TERMINO PACTADO O PLAZO PRESUNTIVO, es totalmente legal y objetivo por así encontrarse autorizado en el numeral 1 del artículo 2.2.30.6.11, y sin que con ello se le haya vulnerado derecho alguno al demandante y mucho menos de lugar al reconocimiento y pago de indemnización alguna...”.

En su defensa formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: Cobro de lo no debido, Falta de legitimación en la causa por pasiva, Terminación del contrato de trabajo por vencimiento del plazo pactado como un modo legal y objetivo de terminación, Prescripción, Compensación, Buena fe, y “*otras excepciones*” (fls. 257 a 285 PDF 01).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 3 de marzo de 2022, resolvió:

“...PRIMERO: ABSOLVER a la demandada INDUSTRIA MILITAR INDUMIL de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por el demandante señor JUAN ISIDRO PEÑA BENAVIDES. SEGUNDO: RELEVARSE del estudio de las excepciones propuestas dado el carácter absolutorio del litigio. TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a la parte demandante. Tásense. CUARTO: CONSULTAR con el Superior la presente providencia en el evento de no ser apelada...”.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpone y sustenta el recurso de apelación, en los siguientes términos:

“(…) Escuchado el sentido y la explicación de todo su fallo yo interpongo el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado. Interpuesto el recurso de apelación ante el despacho en la presente audiencia me permito sustentarlo de la siguiente manera, máxime que en los traslados posteriores pues también argumentaré en punto a la inconformidad que con todo respeto presentó frente a la decisión del juzgado: Como se puede apreciar en el libelo introductorio de demanda y conforme llevó este suscrito apoderado las pruebas que el honorable juzgado tuvieron por decretarnos, lo que hemos querido proponerle a la administración de justicia es un examen a complete de la situación que padece el señor Juan Isidro Peña Benavides, quien por 37 años prestase de forma incondicional y muy exaltada su humanidad a la empresa Industria Militar de Colombia, reposa en uno de los apartes, el escrito de demanda una muy respetuosa solicitud elevada ante el despacho de que se examinase no solamente la legalidad de lo actuado, en nuestro concepto ilegal, sino que también se verificará la situación que al romper dista de los postulados constitucionales que existen y que abrigan estas situaciones a todo ciudadano colombiano en la república de Colombia. Con ocasión de ese réquiem, le solicite al honorable despacho por escrito, que tratará de verificar la posibilidad de aplicar la denominada excepción de constitucionalidad por cuanto al rompe se aprecia que, el estado lo que ha es abusado de su trabajador el señor Juan Isidro Peña Benavides por cuanto por 37 años no solo le garantizo por un tiempo, no de forma perenne ni de forma absoluta una labor, un trabajo sino que si lo promovió y lo exaltó durante mucho tiempo para que terminara por prestar en el mayor casi de los rangos, honorable jueza, servicios a la INDUMIL, que además de eso es una empresa industrial y comercial del estado que detenta un monopolio que es la fabricación y el desarrollo de las armas, ninguna otra empresa en Colombia desarrolla tal objeto social, y entonces al rompe, se observa que la situación que padece hoy mi prohijado el señor Juan Isidro Peña Benavides es de una gravedad absoluta por cuanto no ha podido consolidar ninguna oportunidad laboral, ni siquiera similar; pero además, por cuanto el estado todos los días durante esos 37 años le manifestó que si había una vocación de permanencia relativa, pero bastante seria respecto del trabajo que él le brindó al país. Ahora bien, honorable jueza, con todo y que el respetable despacho no acudió a decidir en respecto de la excepción de constitucionalidad propuesta, para sustentar también este recurso de apelación me permito decir que, con todo y que la legislación que da piso al fallo entendamos por la Ley 6ta de 1945 la primera, por el Decreto 2127 de 1945 la segunda normativa, y por el compilatorio Decreto 1083 de 2015, con todo y ello, también atender el espíritu de esa ley, de esos decretos, le daba piso a la realización del componente pretensional honorable jueza, tanto el principal como el subsidiario, por cuanto de esas leyes, por ejemplo de la Ley 6ta del 45 en su artículo 8 se desprende que si puede terminarse el nexo, puede terminarse a instancias del patrono el contrato de trabajo “previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar”, el Decreto 2127 del 45, respetada jueza en su artículo 51 se identifica con ese espíritu de la Ley 6ta, deben pagarse los salarios correspondientes y la indemnización de perjuicios a que hubiera lugar, así mismo el compilatorio más reciente, el Decreto 1083 de 2015 art 2.2.30.6.15 recoge y renueva tal espíritu reparador, puede el estado terminar de manera unilateral el contrato, entendiéndose unilateral, sea por la decisión propia del patrono, como por la que encuentre depositada en algún tipo de legislación, pero debe además de esa decisión no sólo abonar los salarios pendientes sino reparar los perjuicios que le causa al trabajador; y es que honorable jueza si un trabajador del estado, permanece a instancias del mismo, a título de patrono por 37 años y de buenas a primeras ese trabajador es sacado del servicio, de suyo es que el perjuicio que se le esté causando es muy grande, si se prueba en el juicio que el señor que aparezca como demandante, para el caso Juan Isidro Peña Benavides no ha encontrado ninguna otra oportunidad de trabajo ni similar ni la va a poder encontrar, no solo por la calidad de monopolio del que desempeña y del que desarrolla la Industria Militar de Colombia, sino porque el señor Juan Isidro Peña Benavides ya está en una edad bastante adulta para efectos de que el renovadamente pudiera viajar hacia el pasado y renovarse en su edad y encontrar unas nuevas y frescas responsabilidades

laborales que pudiera atender. Quiero finalmente, como sustento de este recurso de apelación que formulo con mucho respeto y con mucho comedimiento frente al juzgado, referirle al despacho que no es cierto, con todo respeto lo digo, que al señor Juan Isidro Peña Benavides se le haya hecho saber el 21 de noviembre de 2017 que ya no sería más trabajador de la empresa, máxime por qué de su dicho a través del medio probatorio declaración de parte decretado por el juzgado y hecho es del mismo trabajador Juan Isidro Peña Benavides el decir que solo hasta el 18 de diciembre del año 2017 supo que existía la intención de la empresa de sacarlo del servicio; note adicionalmente la honorable jueza y por supuesto el respetado tribunal quien desatara este recurso de apelación, que además. tácitamente hubo una renovación por cuanto al señor Juan Isidro Peña Benavides se le envió a vacaciones y el periodo de vacaciones lo culminaba en una fecha posterior al mencionado 18 de diciembre del año 2017, el señor Juan Isidro Peña Benavides, además, en calendas de enero del 2018, pudo hablar con el general Navas quien para el momento le manifestó que no era cierto que él se iba del servicio, que no se preocupara, que se quedara tranquilo que fuera a sus vacaciones y que siguiera trabajando. Entonces honorable jueza y ante el respetado tribunal, sustentó pues de esta manera el recurso de apelación como punto principal a que deba, como lo debe hacer todo juez laboral, examinar además las connotaciones constitucionales de la terminación del contrato de trabajo y no aquellas simplemente legales y regulatorias, máxime que el régimen del contrato de trabajo que ató por 37 años a Juan Isidro Peña Benavides con INDUMIL, es el del contrato de trabajo y las partes nunca después decidieron que era de 6 meses, no. con todo respeto, ese contrato además que entrega una responsabilidad laboral a Juan Isidro Peña Benavides por concurso tenía unas renovaciones de año en año y había que respetar el pre aviso por qué este es una convención bilateral entre las partes que supera cualquier otra prerrogativa de carácter legal o regulatoria que pudiera irse en contra del mismo. Con todo respeto, formuló pues así y sustentó pues así, el recurso de apelación que ruego me lo conceda para efectos de que podamos en su momento de los traslados aunar más en los esfuerzos argumentativos del recurso y que el señor Juan Isidro Peña Benavides pueda tener un pronunciamiento definitivo que haga tránsito a cosa juzgada, en respecto del petitum, gracias honorable jueza...”.

La juez de conocimiento concedió el recurso interpuesto. Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado José William González Zuluaga (PDF 01 Cdno. 02 SegundaInstancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2022, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación (PDF 03 ídem); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 6 de octubre del año en curso (PDF 05 ídem).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término correspondiente para alegar en segunda instancia, únicamente la parte demandada presentó alegaciones, solicitando se confirme la decisión de instancia.

Sostiene, de manera general y en lo que interesa al recurso, luego de referirse a la naturaleza jurídica de la entidad demandada, transcribir las normas que consagran lo relativo al contrato de trabajo con los trabajadores oficiales, así como apartes del convenio celebrado entre las partes y, de citas jurisprudenciales; que el vínculo del demandante lo fue a término fijo de un año, el cual finalizó por un modo legal y objetivo de terminación previsto y autorizado por el legislador, conforme se le notificó a éste con la comunicación No. 01.992.597 del 22 de noviembre de 2017, de acuerdo con lo permitido por el Decreto 2127 de 1945, en concordancia con el Decreto 1083 de 2015; por lo que la decisión de ninguna manera constituyó despido y mucho menos una terminación ilegal o injusta; reitera, que tal decisión se encuentra ajustada a derecho por tratarse “**...La expiración del plazo pactado o presuntivo...**”, de un modo legal y objetivo de terminación, plenamente autorizado por la ley, y como tal no genera indemnización de perjuicios ni de ninguna otra índole, así como tampoco puede aducirse alguna vulneración de derecho que conlleve al reintegro deprecado, o que deje sin efectos la terminación del contrato.

En cuanto a la aplicación del control de constitucionalidad por vía de excepción, aclara que “*...La validez constitucional del término presunto de duración de los contratos de trabajo que celebra la administración pública fue definida por la Corte Constitucional en la sentencia C-003 de 1998 en la cual esa Corporación consideró que la relevancia del interés público puede manifestarse, entre otros aspectos. en la incorporación de ciertas cláusulas, entre ellas las relativas al término de duración del mismo, que el legislador, en su libertad de configuración del régimen de vinculación laboral a la Administración, bien puede limitar por razones que tocan con este interés público que no está presente en el común de las relaciones laborales entre particulares. ...*”; precisa que “*...En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia ha dicho reiteradamente que para desvirtuar el plazo presuntivo de seis meses y/o su prórroga, se debe hacer con una estipulación expresa en la cual se defina una modalidad de duración específica y diferente...*”; además que, la terminación del contrato no imponía la obligación de preavisarse con una anticipación de 30 días, según el criterio jurisprudencial al que alude (PDF 04 Cdno.02Segunda Instancia).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Bajo ese contexto, se advierte que no existe ninguna controversia respecto a los siguientes supuestos: i) que el demandante fue vinculado a la entidad accionada a través de contrato de trabajo, el 16 de enero 1981, desempeñando como último cargo el de *Jefe de División de Producción* en la fábrica Santa Bárbara – FASAB-; ii) que, mediante comunicación No. 01.992.597 de 21 de noviembre de 2017, se le informó sobre la *terminación del contrato por vencimiento del término pactado* a partir del 15 de enero de 2018; iii) que 9 de julio de 2018, agotó la reclamación administrativa ante la demandada, conforme el artículo 6° del CPTSS; respondida con oficio No. 02.067.874 de fecha 30 del mismo mes y año –julio, 2018-; como se colige de la contestación de la demanda (fls. 257 a 285 PDF 01); y se corrobora con los documentos de PDF 01; como el contrato y OTROSI (fls 8 a 10 y 36, 37 PDF02); la comunicación de VENCIMIENTO TERMINO PACTADO, de 21 de noviembre de 2017, en el que se señala “...Le informo que la Gerencia General decidió dar por **terminado su contrato de trabajo el cual vence el 15 de enero de 2018** terminada la jornada laboral, por lo cual debe hacer entrega del cargo a su jefe inmediato, mediante acta con copia a la División Administración de Personal...” (resalta la Sala, fls. 6 y 180); con la certificación laboral expedida por la Jefe de División Administrativa de Personal de la accionada, de 1° de febrero de 2018, sobre extremos temporales, cargos, y funciones desempeñadas (fls. 148 a 162); reclamación administrativa de 9 de julio de 2018 (fls. 182 a 187); respuesta a la reclamación, oficio de 30 de julio de 2018, No. 02.067.874 (fls. 189 a 192) y; la Resolución No. 64 de 2018 de 9 de abril, por la cual se ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales definitivas a favor del accionante - Juan Isidro Peña Benavides, por vencimiento término pactado, quien ostentaba el cargo de Jefe División Producción- Fábrica Santa Bárbara, por valor de \$68.527.919 y,

comprobante de pago liquidación definitiva (fls.194 a 197); entre otros documentos militantes en el expediente.

Por consiguiente, atendiendo lo señalado en el recurso de apelación, la controversia en esta instancia, resulta de determinar si; (i) el contrato entre las partes fue a término indefinido como lo alega el recurrente y; (ii) la finalización del contrato del actor operó por vencimiento o expiración del plazo pactado, como lo definió la juzgadora de primer grado, o, por el contrario, lo fue por decisión unilateral y sin justa causa como lo sostiene el recurrente y, por consiguiente, hay lugar al reconocimiento de las acreencias que se reclaman.

Se indica en la demanda que el contrato que ató a las partes es de carácter *indefinido*, el cual estuvo vigente por 37 años; sin que las partes, según lo señalado en los FUNDAMENTOS DE DERECHOS del libelo incoatorio, “...JAMAS...previeron, supieron, discutieron, ni analizaron la eventualidad de plazos presuntivos o reales, máxime si: (i) NUNCA hubo liquidaciones semestrales; (ii) NUNCA hubo liquidación por vacaciones semestrales, (iii) NUNCA hubo pago o consignación de cesantías parciales referenciadas o semestrales, (iv) NUNCA hubo pacto o prerrogativa especial o singular respecto del pago parcial de prima de riesgo, referenciada a semestres, (v) NUNCA hubo pacto o prerrogativa especial o singular respecto del pago de prima especial de servicios, referenciada a semestres, (vi) NUNCA hubo pacto o prerrogativa especial o singular respecto del pago de prima de vacaciones referenciada a semestres; (vii) NUNCA hubo pacto o prerrogativa especial o singular respecto del pago parcial de bonificaciones de servicios prestados, referenciada a semestres; (viii) NUNCA hubo pacto o prerrogativa especial o singular respecto del pago parcial por prima de navidad, referenciada a semestres...”; sino que SIEMPRE se observaron los acuerdos de Junta Directiva, las estipulaciones respecto de las prestaciones sociales, vacaciones, primas de riesgo, especial de servicios, técnica, bonificaciones, que se reconocieron por anualidades y no semestres “...régimen propio de los contratos a término indefinido...” conforme al principio rector de la “..PRIMACIA DE LA REALIDAD...”; por lo que la empresa no podía proceder a terminar el contrato de “...forma UNILATERAL e INJUSTIFICADA, pues, como es sabido, a ella le está prohibido el uso, directa o camuflajeadamente, de la proscrita “CLAUSULA DE RESERVA”, lo que significa que, para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, tenía que invocar y procesar un justa causa, o por el contrario indemnizar el despido y perjuicios, lo que tampoco hizo en su irregular e ilegal proceder aquí denunciado...”; (fls. 216 y ss).

La entidad demandada, sostiene que el vínculo del actor lo fue mediante “...contrato de trabajo a TÉRMINO FIJO DE UN (1) AÑO, entendiéndose prorrogado en las mismas condiciones por periodos iguales, en virtud de lo dispuesto, regulado y legalmente autorizado por la Ley 6ª. de 1945, el Decreto Reglamentario 2127 del mismo año en concordancia con lo actualmente compilado por el Decreto 1083 de 2015, y lo incluso pactado por las partes en la cláusula V del mencionado documento “contrato de trabajo. Tal vinculación tuvo una vigencia desde el día 16 de enero de 1981 hasta el 15 de enero de 2018...” (fl. 257); que el contrato finalizó por “...VENCIMIENTO DEL TÉRMINO PACTADO O PLAZO PRESUNTIVO...”, que “...corresponde a un modo legal y objetivo de terminación, tal como se avizora, autoriza y prevé en la Ley 6 de 1945, su Decreto Reglamentario 2127 del mismo año, y lo acogido incluso por el Decreto 1083 de 2015, disposiciones éstas, legales y vigentes que para el caso en concreto, regulan las relaciones de trabajo entre la Industria Militar y sus trabajadores oficiales...” y que además “...se atuvo a lo pactado en la cláusula V del contrato de trabajo suscrito entre las partes, en la cual se advirtió que el mismo era celebrado por el término de un (1) año, entendiéndose prorrogado en las mismas condiciones, por periodos iguales, y textualmente se pactó “Si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, se entenderá prorrogado por un año y así sucesivamente...”; .que bajo ninguna órbita, la terminación del contrato por vencimiento del plazo pactado, constituye una decisión unilateral e injusta por parte de la entidad demandada “...por el contrario, corresponde a un modo legal y objetivo de terminación autorizado por la ley, sin que dicha situación implique el reconocimiento de indemnización de perjuicios ni de ninguna índole...” (fls. 259 y 260).

Entonces, inicialmente debe recordarse la naturaleza jurídica de la empleadora, que se constituye en entidad de derecho público, como empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica autonomía administrativa y capital independiente, de conformidad con lo consagrado en los Decretos 2346 de 1971 y 2069 de 1984; siendo por regla general, las personas naturales que prestan sus servicios en las dependencias de la Industria Militar, *trabajadores oficiales*, vinculados mediante contrato de trabajo, salvo aquellos que laboren en actividades de dirección o confianza señaladas en los estatutos, que son empleados públicos (Arts. 5º y 21, Decretos 3135/68, y 2346/71, respectivamente). Según el artículo 33 del Acuerdo 439 de 2001 “Por el cual se adoptan los Estatutos Internos de la Industria Militar”, tienen la calidad de empleados públicos las personas que desempeñan los cargos de

Gerente General, Jefe Oficina de Control Interno, Subgerentes y Directores de Fábrica (fls. 54 a 65 PDF 02).

En el presente asunto, el actor fue vinculado mediante “...CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO DE UN (1) AÑO No. 001/81...”, estableciéndose en la cláusula 5ª, “...DURACION: El término del presente Contrato será de un (1) año. Los dos (2) primeros meses del Contrato serán en periodo de prueba y, por consiguiente, cualquiera de las partes podrá darlo por terminado en forma unilateral durante dicho periodo, sin previo aviso. Si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, se entenderá renovado por un año y así sucesivamente...” (fls. 8 a 10 PDF 01 y 36 y 37 PDF 02); desempeñando desde el 1º de octubre de 1995 al 15 de enero de 2018, el cargo de *Jefe División de Producción*, conforme certificación Laboral de la Jefe de División Administrativa de Personal de la accionada, expedida el 1º de febrero de 2018 (fls. 148 a PDF 01).

Así, el régimen legal de los trabajadores oficiales, condición que ostenta el accionante, se encuentra establecido en la Ley 6ª de 1945, su Decreto Reglamentario 2127 de la misma anualidad, disposiciones compiladas en el Decreto 1083 de 2015 Reglamentario del sector de Función Pública; como quiera que conforme lo dispuesto en el artículo 4º del CST “...Las relaciones de derecho individual de trabajo entre la administración pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten...”.

Atendiendo la modalidad contractual celebrada entre las partes -a término fijo-o tiempo determinado, según el artículo 2.2.30.6.2 del Decreto 1083 de 2015, que compiló lo señalado por el artículo 2º de la Ley 64 de 1946 que modificó el artículo 8º de la Ley 6ª de 1945 y derogó tácitamente el 38 del Decreto 2127 de 1945 “...el contrato celebrado por tiempo determinado deberá constar siempre por escrito y su plazo no podrá exceder de dos (2) años, aunque es renovable indefinidamente...”; a su vez los artículos 43 del Decreto 2127 y 2.2.30.6.7. del Decreto 1083, previeron “...La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo determinado deberá constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al

patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por períodos de seis meses...”.

En ese orden, se advierte que el término de vigencia del contrato del actor lo fue por un (1) año, como se observa del correspondiente documento celebrado del 16 de enero de 1981 (fls 8 a 10 PDF 01 y 36, 37 PDF02); que expirado el lapso pactado, el trabajador continuo prestando sus servicios de forma ininterrumpida y lo hizo hasta el 15 de enero de 2018, como quedo referenciado; por lo que es dable considerar que, dicho contrato se prorrogó por tiempo indefinido, es decir por periodos de seis meses, conforme la normatividad reseñada.

Ello, como quiera que no se puede considerar como lo pretende el demandante, que el contrato muto o se convirtió en uno a *término indefinido*, al haber perdurado la prestación del servicio por espacio de 37 años, ya que no se advierte voluntad de las partes en tal sentido, nótese que al pactarse en un comienzo un término de duración del vínculo, sin que posteriormente se haya exteriorizado el deseo de modificar el mismo o cambiar dicha modalidad, debe entenderse que el querer de las partes era establecer un límite temporal en su contratación; y sin que pueda confundirse o mal interpretarse tal situación, con el tiempo indefinido en que puede, por disposición legal, prorrogarse el contrato celebrado a término definido o fijo; como ocurrió en el presente asunto.

Tampoco puede entenderse o considerase como vulneratoria o violatoria de los derechos fundamentales del demandante, dicha modalidad contractual como se alega en la demanda; recordemos que los contratos laborales son bilaterales y consensuales, y como se dijo, si las partes no tuvieron la voluntad e intención de cambiar su modalidad; tiene plena vigencia el acuerdo establecido entre éstas, siéndole aplicable las normas que regulan tal contratación, en este caso las del sector oficial; que consideran el contrato prorrogado por tiempo indefinido, esto es por periodos de seis meses, al continuar la prestación del servicio, extinguido el plazo inicialmente estipulado en el contrato, por ese solo hecho; sin que fuere necesario preaviso alguno, o que semestralmente se dieran liquidaciones de prestaciones, vacaciones, bonificaciones, etc., como se indica en

la demanda; para entender que el contrato se prorrogaba de manera sucesiva y automática por virtud de la ley. Sobre este aspecto, en sentencia T-357 de 2016, la Corte Constitucional, sostuvo: “...La existencia de un plazo presuntivo no implica la terminación y liquidación de los contratos de los trabajadores oficiales con la ocurrencia de la fecha señalada, puesto que estos se renuevan automáticamente con la mera prestación del servicio y solo concluyen cuando una de las partes decide terminarlo unilateralmente o ambas por mutuo acuerdo...”.

Por consiguiente, no es factible concebir que esa normatividad contraría las reglas constitucionales y por ello, deban inaplicarse, como lo pretende el recurrente; además, debe tenerse en cuenta que, como la jurisprudencia lo ha concebido, las relaciones laborales no son indefinidas o perennes, y que la estabilidad laboral no lleva a considerar la permanencia de manera indefinida en un cargo; es así que, en sentencia C-1507 de 2000, la Corte Constitucional, adoctrinó “...el contrato que se celebra con el fin de establecer una relación laboral nace a la vida jurídica por el acuerdo de voluntades de las partes ... **y que resulta contrario a la autonomía de la voluntad, como expresión de la libertad, que ambas partes queden atadas a perpetuidad por ese vínculo.** Desde el punto de vista constitucional, no se puede avalar la petrificación de los lazos contractuales. Es posible afirmar que el reconocimiento de la libertad para contratar contempla también un aspecto negativo, cual es el de la autonomía para dar por terminada la relación contractual, sin el perjuicio de la asunción de las responsabilidades patrimoniales que dicho evento pueda generar respecto de la parte afectada con esta conducta...”; significando que, atendiendo esa autonomía de la voluntad, cualquiera de los contratantes puede dar por terminado el nexo contractual, ateniéndose a las consecuencias legales que tal decisión conlleva, según corresponda a la forma en que se dio la terminación del mismo.

En ese orden de cosas, no es factible ni procedente determinar que el contrato de trabajo del demandante era a término indefinido, menos aún, como ya se dijo, que haya lugar a inaplicar las normas que resguardan la contratación estatal para darle viabilidad a los requerimientos de la parte accionada aplicando las normas que rigen para el sector privado o particular, que al parecer es lo que pretende; habida consideración que no se advierte vulneración alguna de derechos del demandante, respecto a la modalidad de contratación que rigió su vinculación con la entidad demandada y que fungió como su empleadora.

Debe precisarse entonces, que luego de cumplido el término del contrato, inicialmente pactado de un año, vale decir entre el 16 de enero de 1981 y el 15 de enero de 1982, el mismo se prorrogó conforme las normas aludidas, esto es por periodos de seis meses; por lo que, al habersele comunicado al trabajador que éste terminaría el 15 de enero de 2018, según comunicación del 21 de noviembre de 2017 por vencimiento del término pactado; se entiende que su fenecimiento se dio por un modo legal, conforme lo establece el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, y compilado en el 2.2.30.6.11 del Decreto 1083 de 2015, norma inicial que preveía:

*“(...) **ARTÍCULO 47.** El contrato de trabajo termina:*

*a. **Por expiración del plazo pactado o presuntivo;***

b. Por la realización de la obra contratada, aunque el plazo estipulado fuere mayor;

c. Por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio;

d. Por mutuo consentimiento;

e. Por muerte del asalariado;

f. Por liquidación definitiva de la empresa, o por clausura o suspensión total o parcial de sus actividades durante más de ciento veinte días, por razones técnicas o económicas, siempre que se haya dado el aviso de que trata el ordinal 3° del artículo 44, o que se haya pagado un mes de salarios y sin perjuicio de los derechos emanados de contratos a término fijo.

g. Por decisión unilateral, en los casos previstos en los artículos 16, 48, 49 y 50

h. Por sentencia de autoridad competente”

Sobre esta figura jurídica –el plazo presuntivo-, la jurisprudencia laboral, en sentencia de 30 de septiembre de 2008, radicación No. 32.558, M.P. Dra. ISAURA VARGAS DÍAZ, reiteró lo señaló por la Corporación en pronunciamiento de 21 de febrero de 2005, radicación No. 23.957, en los siguientes términos:

“(...) El plazo presuntivo es el imperio de la ley en favor del Estado cuando funge como empleador y por ende de la sociedad sobre la voluntad de las partes. La ley presume que en todo contrato laboral concertado por aquél, la ausencia de una estipulación sobre la duración del contrato implica, aunque parezca contradictorio, la fijación de un plazo de vigencia del contrato de seis meses según el Decreto 2127 de 1945. La presunción es legal, y por eso tanto en la contratación individual como en la colectiva, las partes pueden acordar lo contrario y como ocurre con el régimen de los contratos a término fijo, con los cuales la identidad es manifiesta, en los gobernados por el plazo presuntivo, la intención que exprese una de las partes de no prorrogar el contrato sólo es unilateral en apariencia, porque el imperio de la ley impone un contexto contractual en el cual se asume que las partes convinieron la fijación de un plazo semestral”.

Bajo ese panorama, se reitera, la desvinculación del actor, no constituye una decisión unilateral e injusta por parte de la demandada, como lo considera el recurrente; sino que configura un modo legal y válido de finalizar el vínculo de

trabajo; que no requería de preaviso alguno, atendiendo el criterio jurisprudencial de la Corporación de cierre de la justicia ordinaria, traído en la sentencia SL, 10 de mayo de 2005, radicación 24636, reiterada en la SL1541-2018, radicado No. 56134 de 9 de mayo de 2018, aludida por la juzgadora de instancia, en la que se indicó:

“(...) Pues bien, dentro de las modalidades del contrato de trabajo permitidas en el sector oficial, conforme a lo reglado por el artículo 37 del Decreto 2127 de 1945, está el celebrado “por tiempo determinado”, que corresponde al comúnmente denominado “a término fijo”, que en armonía a lo preceptuado por el artículo 2° de la Ley 64 de 1946 que modificó el 8° de la Ley 6° de 1945 y derogó tácitamente el artículo 38 del Decreto 2127 de 1945 en lo que respecta al plazo máximo permitido, este contrato “no podrá pactarse por más de dos (2) años”.

A diferente de los contratos por tiempo indefinido, en los de a término fijo el acuerdo extintivo se concibe desde el mismo instante en que los contratantes han consolidado el acuerdo de voluntades, que libre de vicios en el consentimiento convienen las condiciones de su vinculación, fijando en forma clara e inequívoca el termino de duración del vínculo contractual y por consiguiente, esa manifestación inicial de voluntad surte efectos a partir de cuándo se hace constar por escrito y se estipula en forma clara el extremo temporal. sin que para su cumplimiento se requiera del preaviso que reclama la cesura. porque así no se exigen en la legislación propia del trabajador oficial.

En efecto, aquella normativa no consagró la obligación de las partes de avisar por escrito a la otra su determinación de no prorrogar o finiquitar el contrato a término fijo y menos con alguna específica antelación, como si sucede en el sector privado toda vez en el artículo 43 del decreto 2127 de 1945, para esta clase de contratos lo que impone es que se deje por escrito el evento de la prórroga, si el querer de las partes no es cancelarlo en el plazo acordado en un comienzo. Es por ello que la parte pertinente de dicho precepto reza:

*“(...) **La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo determinado deberá constar por escrito;** pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuara prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por periodos de seis meses” (Resalta la Sala).*

De lo anterior se desprende que resulta inane que alguna de las partes manifieste a la otra, que no tiene la intención de continuar con la vinculación, dado que es el acuerdo mismo plasmado en este específico contrato el que permite su terminación una vez vencido el plazo fijo pactado.

De otro lado de acuerdo a la regulación sobre la terminación de los contratos de los trabajadores oficiales, la expiración del plazo pactado no constituye terminación por decisión unilateral de una de las partes, con o sin justa causa, sino una modalidad o forma de cancelación de un vínculo contractual, conforme al literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945...”

En ese orden, no surge necesario ni lleva la consecuencia que pretende imprimirle el recurrente, al aseverar que el actor solo recibió la comunicación del

21 de noviembre de 2017 “...hasta el 18 de diciembre de 2017...”, situación que por demás no quedo acreditada en el proceso, como quiera que la manifestación de la demandante no tiene el alcance de confesión, al tenor de lo consagrado en el artículo 191 del CGP, que señala en su numeral segundo, que para que exista confesión se requiere entre otros requisitos “...Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria...”, y lo por él indicado sobre este aspecto, no le producen consecuencias adversas a él, en otras palabras no lo perjudican ni favorecen a la parte demandada; teniéndose su dicho como una simple declaración de parte, que para darle valor probatorio, se necesitaba que fueran corroborados con otros medios de pruebas que llevaran a tal convencimiento, pero que en el presente asunto no se allegaron. Aunado a que, como ya se dijo, la demandada expidió la comunicación mediante la cual le informaba la expiración del contrato por vencimiento del plazo pactado, emitida en los términos previstos en la cláusula 5° del contrato.

Así las cosas, al advertirse que modalidad del contrato de trabajo del demandante lo fue por tiempo determinado o “plazo fijo”, el cual finalizó por vencimiento o expiración del plazo pactado, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, que se fundaban en un contrato a término indefinido y un despido sin justa causa que, a manera de resultar insistentes, no es lo acreditado en el presente asunto.

De otra parte sobre declarar la excepción de constitucionalidad, no sobra señalar que el Consejo de Estado, se ha pronunciado sobre la legalidad del literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, en sentencias del 13 de septiembre de 2007, radicado interno 0414-2003, y 11 de octubre de 2007, radicado interno 6894-05, decisiones que rememoró en la sentencia de 4 de octubre 2010 radicado 110001-03-25-000-2007, en la cual expresamente complemento lo dicho en las decisiones anteriores así:

“... El anterior recuento jurisprudencial permite concluir a esta Sala que operó la figura de la cosa juzgada erga omnes prevista en el artículo 175 del C.C.A., dado que los argumentos en que sustenta la petición de nulidad del literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, concretamente la vulneración del derecho a la igualdad y el derecho al

trabajo fueron objeto de análisis y decisión en los pronunciamientos enunciados, en los que, al igual que en este proceso, se aducen como vulnerados los artículos 13 y 25 Superiores, y refieren como concepto de violación el trato discriminatorio a los trabajadores oficiales con desconocimiento del principio constitucional de la igualdad y vulneración de los derechos mínimos laborales. Ahora bien, el que las referidas normas y el concepto de violación hubieran sido materia de análisis en la sentencia del 13 de septiembre de 2007 en la que se denegaron las pretensiones anulatorias de entre otras normas, el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, no impide a la Sala agregar sobre el punto en discusión, los argumentos que a continuación se exponen y que refuerzan la legalidad del literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, demandado, en procura de dar respuesta a cada uno de los problemas jurídicos propuestos.

Primer problema jurídico. Acorde con el recuento normativo y jurisprudencial, para la Sala el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, resulta aplicable a los contratos a término fijo es decir de plazo pactado, y a aquellos en los que las partes no señalaron término alguno, es decir, los contratos a término indefinido, en el entendido que al no haberse pactado término alguno, se presumen celebrados por seis meses renovables por otros seis meses. Se responde así el argumento del demandante referido a que la norma demandada no establece si el contrato al que se aplica es de carácter definido o indefinido, porque, se insiste, tal y como está redactada la norma “por expiración del plazo pactado o presuntivo”, es claro que se incluyen las dos categorías de contrato, en el entendido que el contrato definido implica un plazo previamente pactado y el indefinido incluye el de plazo presuntivo que como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-003 de 1998, es el que se celebra por seis meses sin perjuicio de que las partes estipulen expresamente un término indefinido. De esta manera queda claro que cuando las partes no estipulan término alguno de duración del contrato o éste no puede deducirse de la naturaleza del mismo, es decir, cuando el contrato es indefinido, ha de entenderse que se ha celebrado por el término de seis meses, en aplicación de la presunción establecida por el legislador en el artículo 2º de la Ley 64 de 1946 que modificó el artículo 8º de la Ley 6 de 1945 y la circunstancia de darse por terminado al vencer este término presuntivo, no genera por sí sola, vulneración alguna del derecho a la igualdad como tampoco del derecho al trabajo. Y es que, la naturaleza de indefinido del contrato no puede generar para la administración la imposibilidad de darlo por terminado al vencimiento de este término presuntivo puesto que tal y como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, las relaciones laborales no son perennes o indefinidas, sino que responden a la idea de continuidad³, y además porque la estabilidad laboral no corresponde a la idea de permanencia indefinida en el cargo.

Segundo problema jurídico. La Sala describió como segundo problema jurídico a resolver, si la causal de terminación del contrato de trabajo descrita por el legislador en el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 “por expiración del plazo pactado o presuntivo”, desconoce el principio de igualdad y el derecho al trabajo y por ende debe anularse. En punto a este interrogante, se señala que ya fue objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación, concretamente en las sentencias que se reseñaron como precedente aplicable y de cuyo análisis se infiere sin dubitación alguna que, en dichas providencias, se confrontó la legalidad de la causal de terminación que constituye hoy el objeto central de esta demanda de anulación, con los principios constitucionales de igualdad y trabajo, al considerar que no existían parámetros de comparación al no estarse en situaciones de igualdad puesto que para cada uno de los grupos de trabajadores existía un régimen especial de vinculación así, la Ley 909 de 2004 para empleados públicos; las Leyes 6 de 1945 y 61 de 1987 y el Decreto 2127 de 1945 para los trabajadores oficiales; y el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores particulares. Adicionalmente precisó el precedente como un argumento más para despachar de manera desfavorable el cargo de vulneración al principio de igualdad, que si bien la vinculación de los trabajadores oficiales se realiza a través del contrato de trabajo al igual que los trabajadores privados, sus regímenes laborales son distintos debido a que los primeros prestan su servicio al Estado mientras que los últimos satisfacen necesidades privadas e intereses particulares. Señaló también la Corporación

en la sentencia del 11 de octubre de 2007, que de la comparación de los artículos 8º de la Ley 6ª de 1945, y 40, 43 y 47 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, “se comprueba que el Decreto acusado en ningún momento extralimitó el ámbito del ejercicio reglamentario que la Constitución le permite. La Ley 6ª de 1945, estableció un plazo presuntivo de seis meses, parámetro dentro del cual el Decreto 2127 del mismo año reglamentó dicha situación, precisando que el plazo de los seis meses es respecto a los contratos a término indefinido, que entre otras cosas, también están considerados en la citada ley”. Finalmente y como uno de los argumentos centrales de la demanda es que la administración hace uso indiscriminado de la cláusula de reserva cuando da aplicación a la causal de terminación “expiración del plazo presuntivo”, es importante señalar al demandante que estas dos figuras, esto es, la cláusula de reserva y plazo presuntivo, no son equivalentes y que la primera de ellas fue declarada inexecutable por el órgano competente, tal y como se precisó en el numeral 2º de este acápite.” (3 Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 199. Mag. Ponente. Dr. Antonio Barrera Carbonell)”

Resaltándose de la providencia anterior, además de la declaratorio de ajustarse a la constitución la norma en mención, la distinción que se efectúa al final de distinguir la causal del literal a) del Artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, de la cláusula de reserva, siendo dos figuras diferentes, y en el asunto bajo examen la demandada se apoyó en la norma citada, y no en la otra figura, que como bien lo indica la sentencia fue declara inconstitucional. Por lo tanto, la Sala no puede entrar a revisar la constitucionalidad o aplicar la excepción de constitucionalidad de la norma aludida, pues ya fue objeto de análisis por el órgano competente.

Por lo señalado y como quiera que en la sentencia se arribó a la misma conclusión, encontrándose ajustada a derecho, se confirmará la misma.

De esta manera quedan resueltos los temas de apelación, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en la alzada.

Ante lo adverso de la decisión del recurso a la parte apelante, se le condenará en costas (Numeral 1º, art. 365 CGP). Fíjese como agencias en derecho, la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de marzo de 2022, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario promovido por **JUAN ISIDRO PEÑA BENAVIDES** contra la **INDUSTRIA MILITAR - INDUMIL** de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

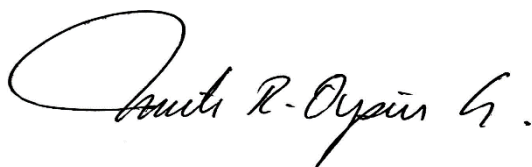
SEGUNDO COSTAS a cargo de la parte demandante; fíjese como agencias en derecho, la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital *“al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105007201900571-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 29 de marzo de 2022, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **NOHORA JANETH MESA CABRERA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Doctora Amanda Lucia Zamudio Vela, con Cedula de ciudadanía No. 51.713.048 de Bogotá, con la Tarjeta Profesional No. 67612 del C. S. de la J. en los términos y para los efectos de los poderes.

ANTECEDENTES

NOHORA JANETH MESA CABRERA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado de Régimen que realizó el día 1 de Abril de 1998, del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS) – Hoy COLPENSIONES a PORVENIR S.A., por la indebida y nula información que le suministró el fondo privado, con el fin de convencerla de que se trasladara de régimen pensional, solicitó que dando aplicación a lo establecido por la Honorable

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, que mediante las Sentencias reconocidas con los radicados No (s) 31989 del 9 de Septiembre de 2008, 33083 del 22 de Noviembre de 2011, 46292 del 3 de Septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de Octubre de 2017, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 361 del 13 de Febrero de 2019, SL 1452 del 3 de Abril de 2019, SL 1421 del 10 de Abril de 2019, y SL 1688 del 8 de Mayo de 2019. Solicito que se ordene a las demandadas COLPENSIONES, Y PORVENIR S.A., a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de Régimen que ella efectuado el 1 de abril de 1998. Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su Cuenta de Ahorro Individual, que se ordene a COLPENSIONES, a recibirla en esa administradora sin continuidad de solución y proceda a corregir y su historia laboral; solicitó que se declare que para todos los efectos la única afiliación valida fue la efectuada el 1 de Febrero de 1988, en el RPMPD y que por lo anterior se condene en costas y gastos del proceso a las demandadas COLPENSIONES, Y PORVENIR S.A., finalmente requirió que se condene a lo que resulte extra y ultra petita a lo largo del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el día 8 de octubre de 1966, indicó que cumple la edad mínima requerida dentro del RPMPD, para acceder a la Pensión de Vejez, el mismo día y mes del año 2023, que se afilió al Sistema General de Pensiones con el RPMPD, el día 1 de febrero de 1988, cotizando un total de 480 semanas con el ISS - hoy Colpensiones; que posteriormente el día 1 de Abril de 1998, encontrándose vinculada laboralmente con el Empleador GAS NATURAL S.A., se trasladó al RAIS, mediante afiliación a PORVENIR S.A., advirtió que esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad, que la anulación del traslado de Régimen que realizó el 1 de Abril de 1998, del ISS - Hoy Colpensiones a PORVENIR S.A., es viable en virtud de los pronunciamientos efectuados por la Honorable Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, en las Sentencias reconocidas con los radicados N° (s) 31989 del 9 de Septiembre de 2008, 33083 del 22 de Noviembre de 2011, 46292 del 3 de Septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de Octubre de 2017, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 361 del 13 de Febrero de 2019, SL 1452 del 3 de Abril de 2019, SL 1421 del 10 de Abril de 2019, y SL 1688 del 8 de Mayo de 2019, por la indebida y nula información que le suministró el fondo privado, para convencerla que se trasladara de régimen pensional, expresó que es evidente el engaño en el que incurrió dicha administradora por la falta al deber de información, reveló que desde su afiliación al RAIS, el 1 de Abril de 1998 hasta el 31 de Mayo de 2019, cotizó un total de 1.092 semanas, siendo su actual AFP PORVENIR S.A., manifestó que hasta el 2019, ha cotizó al Sistema General de Pensiones con los dos Regímenes, que a la fecha 31 de Mayo de 2019 un cuenta con un total de 1.572 semanas; advirtió que era obligación de los Fondos demandados informarle sobre el año gracia que concedió el Artículo segundo de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el 1 del Decreto 3800 de 2003, el cual permitía que los afiliados se pudieran trasladar por una única vez antes del 28 de Enero de 2004, situación no aconteció a pesar que contar la AFP con las direcciones de su residencia y correo electrónico, que son canales todos válidos para que se informara de primera mano sobre los cambios normativos mencionados, quedando en evidencia la mala fe de la

administradora de pensiones; explicó que la demandada PORVENIR S.A., le informó, que su pensión de vejez en el RAIS, estaría en un valor de \$ 1.064.200 como mesada pensional para el año 2023, fecha en la que cumplirá los 57 años de edad, que conforme a la Historia Laboral expedida por PORVENIR S.A., se puede establecer que tiene un - IBL para el año 2019 de \$ 4.094.247, suma que aplicándole una tasa de reemplazo del 70.52%, nos arroja para esa anualidad una mesada pensional en COLPENSIONES de \$ 2.887.26; exteriorizó que con la anterior información decidió elevar Derecho de Petición al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., el día 22 de mayo de 2019, donde solicitó la nulidad del traslado de régimen, efectuado el 1 de Abril de 1998, de conformidad con lo establecido por la Honorable Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, en las Sentencias reconocidas con los radicados No(s) 31989 del 9 de Septiembre de 2008, 33083 del 22 de Noviembre de 2011, 46292 del 3 de Septiembre de 2014, y SL 17595 del 18 de Octubre de 2017., indicó que subsiguientemente el día 22 de Mayo de 2019, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen efectuado el 1 de Abril de 1998, de conformidad con lo establecido por la Honorable Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, en 1 sentencias reconocidas con los radicados No(s) 31989 del 9 de Septiembre de 2008, 3083 del 22 de Noviembre de 2011, 46292 del 3 de Septiembre de 2014, y SL 17595 el 18 de Octubre de 2017, petición que le correspondió el radicado 2019_6726330.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria e innominada o genérica. (fls. 85 a 91).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 3 a 29).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de marzo de 2022, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá; donde declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora NOHORA JANETH MESA BECERRA con la AFP PORVENIR SA el 16 de febrero de 1998 contenida en el formulario No. 1000505. Ordenó a PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A., que debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados. Ordeno a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPMPD, a la demandante desde su afiliación inicial al ISS; finalmente declaró no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y condenó en costas a los fondos demandados y a favor de la demandante, las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos. Colpensiones no fue condenada en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas, argumentó que no se acredita ningún vicio del consentimiento con el cambio de Régimen de la actora, que no se alegó y no se probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con PORVENIR S.A. es eficaz, que en ese sentido para la reclamación del proceso se encuentra prescrito, que la norma claramente prevé que cuando existe un objeto, causa ilícita o se celebra un acto jurídico con una persona totalmente incapaz, el contrato jurídico está viciado de nulidad absoluta; advirtió que esta disposición y que cualquier otra irregularidad produce nulidad relativa, que es preciso mencionar que ninguno de estos presupuestos legales se alegaron ni fueron demostrados en el proceso; indico que el formulario de afiliación diligenciado por la actora es un documento público que se presume autentico, según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 54 del Código del Procedimiento del Trabajo, que además contiene la declaración que trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que esto es la selección que fue libre por parte de la actora, espontánea y sin presiones,

sumado a que el documento no fue tachado ni desconocido, como lo disponen los artículos 246 y 272 del Código General del Proceso; explicó que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo; alegó que frente al deber de información, la demandante en el interrogatorio manifestó que le fue otorgada la información previa a su traslado y no le surgieron dudas en el momento, ni pregunto con posterioridad a la asesoría; expuso que en relación con el formulario de afiliación que suscribió la actora, estuvo avalado y autorizado por la Superintendencia Financiera de Colombia, el cual fue firmado por ella, libre y voluntariamente; señaló que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece la ineficacia, cuando impide o atente en el derecho de afiliación, esto incurre en dolo, error o la falta de información como lo manifestó el respetado despacho; indico que como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado, por error, fuerza o dolo; de presentarse alguna irregularidad distinta, esta misma estaría saneada conforme lo indica los artículos 1742 y 1743 de Código Civil, que de acuerdo a la ratificación tacita de la parte actora, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el RAIS, es decir más de 20 años; puntualizó que frente a los gastos de administración que hace referencia el despacho, estos se causan en los dos Regímenes, y no se puede desconocer, que PORVENIR S.A., administro los recursos que fueron encomendados y lo hizo de buena fe, que estos gastos no pueden trasladarse, porque se generaría un enriquecimiento sin justa causa a COLPENSIONES; solicito se recargue la prescripción que trata el artículo 151 del Código del Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social; manifestó que aduce el fallador de primera instancia que PORVENIR S.A., no allego pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora en el momento de la vinculación, como entregar información, completa, veraz, oportuna, tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal porque PORVENIR S.A., cumplió con la carga procesal impuesta pese a la inversión que se hizo en la carga de la prueba; expresó que contrario a lo dispuesto legalmente, al respecto en la medida que aporte documentos que tenía en su poder PORVENIR S.A., para demostrar que la parte actora ha estado vinculada producto de una decisión debidamente informada, que se acreditó no solo con el formulario de afiliación sino con la declaración que rindió la actora y dejo claridad en el presente asunto permaneciendo el en RAIS por más de 20 años, el formulario es un documento que se presume autentico y se presume que la intención de la actora era permanecer en el RAIS; menciono que jurídicamente no es viable imponer cargas distintas a PORVENIR S.A., de las previstas en las leyes existentes en el momento que sucedió la afiliación, que constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima de PORVENIR S.A., solicitó que en el hipotético y remoto caso considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes, no tuvo validez, no puede olvidarse que el artículo 113 literal B de la ley 100 de 1993, menciona cuales son los dineros, que deben trasladarse cuando existe el cambio de Régimen, esto es el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las

referidas en esta norma, los gastos de administración y primas de seguros al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los Regímenes , en cuanto no financian la pensión de vejez, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica que si goza el derecho pensional y por esta razón acude a la prescripción que trata el artículo 151 del Código del Proceso del Trabajo y la Seguridad Social; indico que PORVENIR S.A., se ratifica en la excepciones presentadas en la contestación de la demanda, como son la prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica; finalmente solicitó que se analicen las circunstancias particulares de este proceso que exhibe con suficiencia, que el acto jurídico celebrado entre las partes, no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la Ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco la ineficacia del acto jurídico por el argumento jurisprudencial de falta de consentimiento informado, que teniendo en cuenta que PORVENIR S.A. cumplió con la carga probatoria de acreditar y que suministro la información, suficiente y objetiva en el momento de la vinculación, como lo refleja el formulario de afiliación que fue aportado al expediente; requirió al despacho declarar probadas las excepciones contempladas en la contestación de la demanda.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que en razón a que la actora, realizó el traslado de Régimen Pensional, conforme lo establece el artículo 13 de la ley 100 de 1993, sin que al momento de la afiliación se haya ejercido alguna presión o coacción, por el contrario fue libre y voluntaria; expuso que se debe tener presente que en el año 2003, con base en la Ley 797, se brindó la oportunidad que quienes sintieran alguna vulneración de sus derechos de retornan al RPMD, sin que se hubiera evidenciado a lo largo del proceso, que la demandante realizará alguna acción para el retorno al RPMD, que solo hasta el año 2019, cuando se encontraba dentro de la prohibición, según el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, solicito su traslado cuando ya contaba con 52 años de edad; manifestó que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto 2241 del año 2010, en el cual se reglamenta el Régimen de Consumidor Financiero, en el cual dentro de los deberes de los consumidores está el deber de informarse debidamente respecto a las condiciones del Sistema General de Pensiones y las distintas modalidades de pensión, sin que se hubiera evidenciado que la actora realizará alguna solicitud de ampliación de la información respecto a su derecho pensional tanto en PORVENIR S.A., como en COLPENSIONES, que en consecuencia, el silencio o la no toma de decisión por parte de la actora, se entendería como la aceptación de las condiciones y características del Régimen al cual se vinculó, más aún cuando la demandante desde año 1998, a la fecha se encuentra vinculada válidamente a PORVENIR S.A., sin que hubiera presentado alguna observación, queja o reclamación, respecto a la forma de administración de su derecho pensional, por parte de PORVENIR.S.A., alegó que por las razones antes mencionadas se encuentra ratificada y saneada

de cualquier vicio o nulidad, que se hubiera presentado dentro del presente proceso, conforme lo dispuesto en el artículo 1754 del Código Civil en el cual se establece la ratificación tacita, la cual sanearía cualquier nulidad en el momento de suscribir el formato de afiliación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por COLPENSIONES, reitera que le traslado efectuado por la demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, sin que esta hubiera demostrado ningún vicio en el consentimiento, no configurándose los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad habiendo firmado el formulario de apelación, no es procedente porque afectara la sostenibilidad financiera. Por su parte, PORVENIR S.A., solicitó la revocatoria total del fallo porque la demandante realizó el traslado de manera libre y voluntaria habiendo cumplido este fondo con el cumplimiento de riesgos contratados.

Finalmente, la parte demandante, argumenta que esta conforme con la sentencia en cuanto PORVENIR S.A., no logró acreditar que el traslado de régimen efectuado el 16 de febrero de 1998, estuviese precedido de la suficiente ilustración e información por parte de este, razón por la cual se vulneró el deber de información contemplado en el Artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración,

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante

Colpensiones, el 22 de mayo de 2019 y su respuesta el mismo día. (fls 62 – 74 archivo 01).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

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

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece

de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No.

110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 08 de octubre de 1966 (fl. 32 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de febrero de 1988 y el 31 de marzo de 1998, 509,43 semanas (fl. 99 Archivo 02); iii) que el 16 de febrero de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de

efectividad desde el 01 de abril de 1998, (fl. 5 Archivo 12) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por la parte actora, con 1555 semanas (fl. 34 Archivo 01).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte a la demandante, indicó que tiene 55 años de edad, que su estado civil es casada, de profesión Administradora de Empresas; que se encuentra laborando actualmente en VANTI en el área de compras; manifestó que empezó a laborar en el año 1988, cotizando en el ISS, que laboro en varias empresas; indicó que en octubre de 1992 empezó a laborar con VANTI conocido antes como GAS NATURAL, que a finales de 1997, se acercó una asesora de PORVENIR S.A. le dio una charla que duro aproximadamente 10 minutos, que le informó que el ISS se iba acabar, que PORVENIR S.A. era uno de los fondos más grandes que tenía el país, que era una buena opción para trasladarse y no perder las semanas que ya tenía cotizadas con el ISS, que solo tenía que diligenciar el formulario; exteriorizó que la asesora nunca le hizo una proyección de cómo sería su mesada pensional en el RAIS y en el RPMD; revelo que ante la incertidumbre de que se acabará el ISS y perder el tiempo cotizado, que además era un tema que también lo anunciaron los medios de comunicación, que por lo anterior decidió trasladarse, informó que la asesora diligencio el formulario de afiliación con los datos que suministró, que eran muy básicos y procedió a firmar de manera libre y voluntaria; advirtió que nunca recibió una re-asesoria de parte de PORVENIR S.A., para informarle que se podía devolver al RPMD antes de cumplir los 47 años de edad, que empezó a recibir extractos de su cuenta individual a partir del año 2015, indicó que no realizó aportes voluntarios, no tiene conocimiento de sus rendimientos; que obro de buena fe, que por lo anterior se siente engañada por parte de PORVENIR S.A.; expreso que quiere devolverse a COLPENSIONES, porque en el año 2017, le empezó a inquietar el tema de la pensión, llamó a PORVENIR S.A. solicitó una simulación de la mesada pensional, que posteriormente le indicaron que sería el monto de un salario mínimo; expuso que empezó hacer consultas legales y se dio cuenta que el traslado había sido un error, que su mesada pensional en COLPENSIONES sería de \$2.900.000 a \$3.000.000 de pesos, que si el asesor le hubiera brindado una información clara, completa, no se habría cambiado; dijo que nunca le hizo preguntas al asesor de PORVENIR S.A., afirmó que nunca se acercó a COLPENSIONES a solicitar información antes de cumplir los 47 años de edad, que no tenía conocimiento que se podía retractar, finalmente dijo que no tenía conocimiento de cómo funciona el sistema general de pensiones en Colombia.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A., obligada a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora **NOHORA JANETH**

MESA CABRERA, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior, en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993, que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a PORVENIR S.A., el 16 de febrero de 1998, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de abril de 1998, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado

desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **NOHORA JANETH MESA CABRERA**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan

desequilibrios pensionales.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

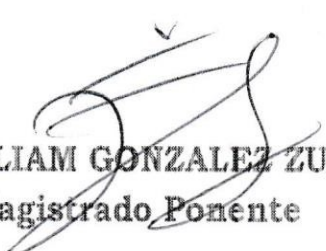
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **NOHORA JANETH MESA CABRERA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la

suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

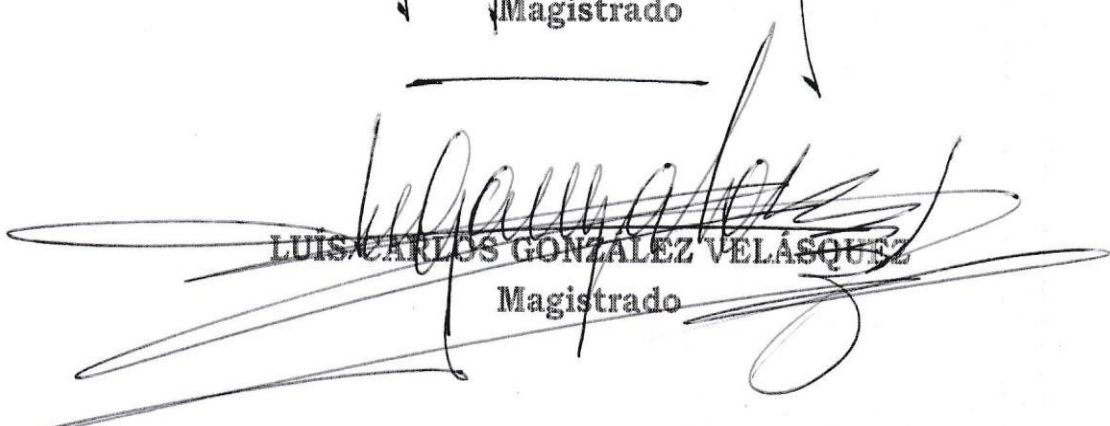
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JENNI PAOLA CALDERÓN LOZADA contra FERNANDO ARAQUE CUEVAS Y DORA CELY MARTÍNEZ MEJÍA. Radicación No. 11001-31-05-020-**2018-00590**-01.

Bogotá D. C. cuatro (4) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Se decide el recurso de apelación presentado por la curadora *ad litem* de la demandada Dora Cely Martínez Mejía contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** La demandante instauró demanda ordinaria laboral contra los señores Fernando Araque Cuevas y Dora Cely Martínez Mejía con el objeto que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido y que el mismo terminó sin justa causa; como consecuencia, se condene a los demandados al pago de cesantías, prima de servicios, recargos nocturnos, aportes a seguridad social en salud, pensión y ARL, indemnización por despido sin justa causa y las costas procesales.
- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta la demandante que fue contratada verbalmente por los señores Fernando Araque Cuevas

y Dora Cely Martínez Mejía, esta última como propietaria del establecimiento de comercio Artesano Burguer El Original, el 26 de enero de 2016, para ejercer el cargo de auxiliar de restaurante, para lo cual se pactó el salario básico mensual de \$870.000, más un subsidio de transporte de \$83.400; señala que debía cumplir un horario de trabajo de 6:00 pm a 12:00 de la media noche, de lunes a jueves, y de 6:00 pm a 2:00 am de viernes a domingo; agrega que nunca fue afiliada a la seguridad social, como tampoco le fueron pagadas sus cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, ni vacaciones; finalmente, indica que fue despedida sin justa causa el 22 de abril de 2017 (pág. 3-9 PDF 01).

3. La demanda se presentó el 24 de septiembre de 2018, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. (pág. 24 PDF 01), siendo admitida mediante auto del 29 de octubre del mismo año (pág. 25 PDF 01).
4. El demandado Fernando Araque Cuevas se notificó personalmente el 18 de marzo de 2019 (pág. 34 PDF 01), guardando silencio dentro del término para contestar, razón por la cual, con auto del 7 de mayo de 2019, se tuvo por no contestada la demanda por dicho demandado (pág. 35 PDF 01).
5. Por su parte, la demandada Dora Cely Martínez Mejía se notificó por intermedio de curadora *ad litem*, el 3 de marzo de 2020 (pág. 63 PDF 01); dentro de la oportunidad legal dio contestación a la demanda, con oposición a todas y dada una de las pretensiones; frente a los hechos manifestó no ser ciertos o no constarles los mismos, como quiera que, según el contenido de la constancia de no conciliación expedida por el Ministerio del Trabajo, entre la actora y dicha demandada no existió relación laboral alguna. Propuso en su defensa las excepciones previas de falta de competencia e ineptitud de la demanda, y las de mérito denominadas, inexistencia de la relación contractual laboral y prescripción (PDF 02). La constancia de la

publicación del emplazamiento de dicha demandada obra en la página 65 y 66 del archivo PDF 01.

6. Con auto del 24 de febrero de 2021, el juzgado de conocimiento tuvo por contestada la demanda por parte de la señora Martínez Mejía, y señaló el 12 de marzo del mismo año, para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS (PDF 03).
7. En dicha audiencia, el juzgado evacuó la audiencia del artículo 77 del CPTSS, declaró no probadas las excepciones previas propuestas por la demandada, y una vez concluida la diligencia, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento, recibió el interrogatorio de parte de la demandante y los testimonios de los señores Nelson Orley Rivera Fuentes, Marisol Mora Fonseca y Olga Lucia Torres Vergel; seguidamente dictó sentencia.
8. El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el citado 12 de marzo de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido, vigente del 26 de enero de 2016 al 22 de abril de 2017, para desempeñar el cargo de auxiliar de restaurante, con un salario mensual de \$895.000; condenó a los demandados a pagar los siguientes conceptos: cesantías \$1.214.524, intereses sobre las cesantías \$180.964, vacaciones \$555.646, prima de servicios \$1.214.524, y aportes a pensión causados del 26 de enero de 2016 al 22 de abril de 2017, *"teniendo como IBC \$895.000, aportes que se deberán efectuar en el fondo que elija la demandante, con el respectivo cálculo actuarial, conforme a las consideraciones de la parte motiva"*; absolvió de las demás pretensiones de la demanda, y condenó en costas a los demandados, tasándose las agencias en derecho en medio SMLMV (PDF 04).
9. Frente a la anterior decisión, la curadora *ad litem* de la demandada Dora Cely Martínez Mejía interpuso recurso de apelación, en el que manifestó *"Me permito formular recurso de apelación específicamente respecto al fallo proferido, en lo atinente a vincular y a reconocer una relación laboral entre la señora Jenni Paola Calderón Lozada y la señora Dora Cely Martínez Mejía, toda vez que dentro del expediente mismo obra el acta de conciliación número 0030 de 2017 en el cual en diligencia de*

conciliación fallida surtida ante la Inspección de Trabajo de Soacha Cundinamarca, del 08 de junio 2017, la doctora Gladys Barajas Ortiz con tarjeta profesional 68841 del Consejo Superior de la Judicatura en su condición de apoderada de la demandada señala en dicha diligencia, “de conformidad con la información recibida por parte de mi representada ella, la demandada, nunca ha sostenido con la reclamante el contrato laboral que ésta pretende, razón por la cual y considerando que sus pretensiones son totalmente infundadas no hay ánimo conciliatorio respecto de las mismas”, debiendo haber sido probada al menos la prestación personal y la continua subordinación o dependencia de la demandante respecto de la demandada Dora Cely Martínez, y viendo que ni siquiera este mínimo se encuentra probado, ni existe una prueba sumaria que relacione directamente a la señora Dora Cely con la señora Jenni Paola Calderón, me permito formular el recurso, pues al no haber existido vínculo laboral mal podría haberse pactado con la señora Martínez Mejía, horarios y jornadas laborales para la supuesta prestación del servicio, tampoco existió la obligación de su parte de realizar aportes al sistema de seguridad social integral, en este caso, no concurren los elementos taxativos que ha dispuesto la norma, la doctrina y la jurisprudencia en materia laboral, para predicar que existe esta relación de carácter laboral entre estas dos personas nombradas; los documentos allegados suscritos por el señor Fernando Araque Cuevas le comprometen a él, únicamente a él personal y directamente, incluida la certificación laboral indicada, pues dentro del proceso se observa que su firma no comprometería a la señora Dora Cely Martínez Mejía cuando no media poder ni autorización de parte alguna para ello, y el hecho de que sean esposos no lo faculta expresamente para suscribir documentos en su nombre; las pruebas testimoniales no son fuente de certeza probatoria de la existencia de la supuesta relación laboral, y mucho menos de que ésta sea de manera directa con la señora Dora Cely Martínez Mejía, sobre todo dada la cercanía de los testigos con la demandante, y en respecto a los demás puntos del fallo, me manifiesto conforme”.

- 10.** Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 11 de agosto de 2021 luego, con auto del 17 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, ninguna los allegó.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de

interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que el único problema jurídico por resolver es, determinar si entre la demandante y la demandada Dora Cely Martínez Mejía existió o no un contrato de trabajo, o si el mismo se dio exclusivamente con el demandado Fernando Araque Cuevas.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente que la demandante prestó unos servicios personales a favor del demandado Fernando Araque Cuevas, pues dicha circunstancia fáctica no es objeto de discusión en este asunto.

El a quo al proferir su decisión consideró básicamente que con las pruebas recaudadas, de manera especial la certificación laboral expedida por el señor Fernando Araque, el certificado expedido por la Cámara de Comercio y los testimonios recaudados podía concluirse que *“la demandante sí laboró para el establecimiento de comercio que hemos hecho referencia, es decir el establecimiento de comercio denominado Artesano Burger El Original. En esa certificación nos da cuenta de ello, también da cuenta el certificado de existencia y representación legal traído al proceso por la misma parte demandante, en el cual se certifica que la señora Dora Cely Martínez Mejía es la propietaria del establecimiento de comercio denominado Artesanal; entonces está probado el servicio personal prestado, pues en el día de hoy los testigos Nelson Orley Rivera Fuentes, Marisol Mora Fonseca y Olga Lucía Torres Vergel también nos indicaron que prestó el servicio en dicho establecimiento, pero que el servicio se le prestó al señor Fernando Araque Cuevas, quien era la persona que permanecía más tiempo dentro del establecimiento, que era el encargado, que era el que daba órdenes, decían muy coloquialmente que era el más bravo, que la señora Dora Cely Martínez en algunas oportunidades también concurría. Bajo esos parámetros no le queda duda al despacho que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido, que se ejecutó entre el 26 de enero de 2016 y el 22 de abril de 2017; de la misma manera de la certificación expedida por el señor Fernando Araque Cuevas, se da cuenta que tenía un salario de \$895.000 mensuales; así las cosas queda demostrado la relación laboral que existió entre la demandante y la demandada; en este caso el señor Fernando Araque Cuevas, lo podríamos tener como quien contrata, y no manifiesta si es a nombre propio o a nombre de la propietaria del establecimiento; por lo tanto se condenará a los dos demandados solidariamente al reconocimiento de los siguientes conceptos, por todo el tiempo laborado (...)”*.

Para resolver el problema jurídico planteado, cabe recordar que en los términos del artículo 23 del CST los elementos del contrato de trabajo son tres: prestación personal de unos servicios en favor de otro, remuneración y la continuada subordinación; pero, el artículo 24 de la misma obra estatuye que la sola prestación de un servicio personal en favor de otro hace presumir el contrato de trabajo, evento en el cual quien alegue la condición de trabajador solamente le corresponde probar la citada prestación de servicios personales, y este a su vez, es decir el supuesto empleador, tiene la carga de demostrar que tales servicios fueron realizados de forma independiente o autónoma, para de esta forma poder desvirtuar la anotada presunción.

De modo que en este tipo de procesos resulta de capital importancia acreditar la existencia de esos servicios personales. Dice el artículo 164 del CGP que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, principio que se conoce y define ese artículo como el de necesidad de la prueba. Igualmente, el artículo 167 ídem dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, obligación que se ha denominado como "*carga de la prueba*", y se traduce en que, si el hecho que produce la consecuencia no se demuestra, la parte que debía hacerlo deberá correr con las consecuencias, que no son otras que la desestimación de sus pretensiones.

Así las cosas, habrá que establecer si con las pruebas recaudadas se logra demostrar que la demandante prestó los servicios personales en favor de la demandada Dora Cely Martínez Mejía, para que se active la presunción consagrada en el artículo 24 a que antes se hizo referencia.

Es del caso precisar que la carga probatoria de la prestación personal de servicios, tal como quedó visto, le corresponde a la demandante, y al proceso allegó la siguiente prueba documental, obrante en el archivo PDF 01:

Comunicación del 24 de mayo de 2017, dirigida a “*Artesano Burger El Original*”, mediante la cual la demandante hace entrega de “*los implementos de trabajo (Dotación) que venía utilizando hasta el día domingo 23 de abril del presente año*”, siendo recibida por el señor *Fernando Araque* con identificación “7225693” (pág. 13).

Certificación expedida en papelería de la razón social “*Artesano Burger*”, de fecha 23 de enero de 2017, en la que se indica que la demandante, “*trabaja con nosotros desde hace un año, desempeñándose como Auxiliar de Restaurante, tiempo durante el cual ha demostrado ser una persona responsable, honesta y emprendedora, y devengando un salario promedio mensual de \$895.000*”, y firma en representación de “*ARTESANO BURGER*”, el señor *Fernando Araque Cuevas* (pág. 14).

Acta de no conciliación expedida por la Inspección del Trabajo de Soacha, el 8 de junio de 2017, en la que se advierte que a esa diligencia compareció la aquí demandante y la apoderada de “*ARTESANO BURGUER EL ORIGINAL*”, y en la misma la actora reclamó el pago de “*la liquidación de prestaciones sociales, los pagos de la seguridad social, el despido injustificado*”, frente a lo cual la abogada de la parte demandada manifestó: “*De conformidad con la información recibida por parte de mi representado, ella nunca ha sostenido con la reclamante el contrato de laboral que esta pretende*” (pág. 15).

Certificación del Registro Único de Afiliados a la Protección Social – RUAF, de fecha 29 de julio de 2017, en la que no se observa que los aquí demandados hubiesen efectuado afiliaciones a la seguridad social a favor de la demandante (pág. 20-23).

Certificado de matrícula del establecimiento de comercio de denominado *Artesano Burger El Original*, de propiedad de la señora *Dora Cely Martínez Mejía*, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, el 9 de mayo de 2017 (pág. 11-12 PDF 01).

También se recibieron las declaraciones testimoniales de los señores *Nelson Orley Rivera Fuentes*, *Marisol Mora Fonseca* y *Olga Lucía Torres Vergel*, y el interrogatorio de parte de la demandante.

Nelson Orley Rivera Fuentes, esposo de la demandante, señaló que conoce al demandado Fernando Araque porque ellos dos trabajaron en Bimbo Colombia, y por esa razón el testigo recomendó a su esposa, aquí demandante, para trabajar con don Fernando Araque; y por eso Jenni Paola trabajó *"para ellos"*, refiriéndose a los aquí demandados, desde enero 26 del 2016 hasta abril 22 del 2017 *"en la empresa Artesano Burger El original, es un camión adaptado, de comidas rápidas tipo americano"*, que estaba ubicado en *"ciudad verde"* del municipio de Soacha; agrega que le consta que su esposa trabajó en ese establecimiento, no solo porque la recomendó al señor Fernando Araque para trabajar allá, sino también porque él (el testigo) *"todos los días pasaba por ahí"*, pues *"vivía a una cuadra del establecimiento"*, además, porque él recogía a su esposa en las noches cuando salía del trabajo; y por esa razón sabe que ella hacía labores de parrillera y servicio al cliente; finalmente, señala que él acompañó a su esposa a entregar los elementos de trabajo, y que fue el señor Fernando Araque quien redactó y firmó la carta que en ese momento se suscribió.

Marisol Mora Fonseca, amiga de la demandante desde hace 5 años, señala que conoce a los demandados *"porque ellos tenían un puesto de comidas rápidas en ciudad verde"*, lugar que ella (la testigo) frecuentaba porque *"trabajaba hasta muy tarde y yo llegaba a comer ahí cuando llegaba muy tarde y con hambre"*, *"no todos los días, las quincenas o cuando llegaba con hambre o hablar con Paola"*; y, por tanto, veía que la actora trabajaba en ese lugar.

Olga Lucía Torres Vergel indicó que trabajó para los demandados en el mismo lugar donde trabajó la demandante, esto es, *"en Artesano Burger"*, lo que hizo tan solo como 15 días en el año 2016; señala que fue contratada por los dos demandados, pues su hijo (de la testigo) la recomendó para trabajar allí, ya que él era trabajador como domiciliario en ese lugar; y fue ahí cuando conoció a la actora, *"cuando ella llegó a trabajar"*; agrega que las dos hacían labores de parrilleras y atención al público, y tenían el mismo horario; además, menciona que *"don Fernando era una persona muy alzada para mandarlo a uno, muy alzado, no cumplía como todo jefe como debe ser"*; finalmente, manifestó que *"la señora Dora es la esposa (de don Fernando Araque), y que ella iba de vez en cuando, pero nos entendíamos más con don Fernando"*.

Finalmente, la **demandante** en su declaración reiteró lo manifestado en la demanda; agregó que ella trabajó para los dos demandados, quienes eran esposos entre sí *"entonces los dos para mí eran mis patrones"*, como quiera que *"para cualquier cosa pues tocaba hablar con los dos, con la señora Dora o con don Fernando"*; incluso, cuando su hija estuvo hospitalizada por 15 días, y, por ende, debió ausentarse de su trabajo, ella se *"comunicaba cada día, o 2 días, 3 días, con la señora Dora (...) y ella también me llamaba, cómo va su niña, cómo sigue la niña, cómo está la niña"*, y que finalizada la incapacidad de la niña, fue a la misma señora Dora a quien le entregó los soportes médicos, para reintegrarse a su trabajo; aclara que *"siempre quedó claro de que ella iba a ser la jefe mía, y pues don Fernando también, lo que pasa es que la señora Dora pues no iba todos los días al trabajo, pero ella los fines de semana sin falta sí iba, entonces pues acataba las órdenes de los dos"*.

Analizadas las anteriores pruebas en su conjunto, aunque la Sala no comparte la totalidad de los argumentos expuestos en la parte considerativa de la decisión, de todas formas, concuerda con la conclusión a la que arribó el juez de primera instancia, pues si bien el material probatorio recaudado no es sólido y contundente, del mismo es dable deducir que la demandante prestó servicios de auxiliar de restaurante, en labores de parrillera y atención al público, y que esos servicios eran prestados en el establecimiento de comercio Artesano Burger El Original, el cual, es de propiedad precisamente, de la demandada Dora Cely Martínez Mejía, por lo que resulta razonable entender que esos servicios los prestó la actora también en favor de esta demandada, como pasa a explicarse.

De un lado, al analizar de manera conjunta las documentales aportadas, las que dicho sea de paso, no fueron tachadas de falsas como tampoco se desconoció su contenido, debe señalarse que si bien, fue el demandado Fernando Araque Cuevas quien suscribió la certificación laboral y el documento de entrega de *"implementos de trabajo (Dotación)"* luego de la finalización del contrato de trabajo de la demandante, ello lo hizo en representación del establecimiento de comercio Artesano Burger El Original, y no a nombre propio exclusivamente, y como dicho establecimiento es de propiedad de su esposa Dora Cely Martínez

Cuevas, ha de concluirse que tanto él como su esposa en calidad de propietaria del establecimiento de comercio, eran los empleadores; es más, así se concluye de la referida certificación pues en la misma se dice que la demandante “trabaja con nosotros desde hace un año” (Subraya la Sala), y como este documento lo suscribió el demandado Fernando Araque Cuevas, en papelería y representación de “ARTESANO BURGER”, es dable colegir que, cuando expresa “nosotros”, se refiere a él y a la dueña del establecimiento.

Lo anterior se ratifica con el acta de no conciliación expedida por la Inspección del Trabajo de Soacha, el 8 de junio de 2017, e incluso en la misma contestación dada por la curadora *ad litem* de la demandada Dora Cely Martínez Mejía, pues a aquella diligencia compareció una abogada en representación de “ARTESANO BURGUER EL ORIGINAL”, establecimiento que se reitera, era de propiedad de dicha demandada, y aunque no se aportó el poder que para el efecto otorgó tal demandada, de todas formas, de lo expuesto en esa acta, cuando la abogada indica “ella nunca ha sostenido con la reclamante el contrato de laboral que esta pretende” (Subraya la Sala), es dable concluir que se hacía referencia a la demandada Dora Cely Martínez Mejía, y aunque allí se niega la relación laboral con tal demandada, lo cierto es que aquí se acreditó que la demandante prestó servicios de *Auxiliar de Restaurante* en ese establecimiento de comercio, como claramente se indica en la citada certificación laboral, por lo puede presumirse que tales servicios se prestaron en atención al contrato de trabajo existente entre las partes. Incluso, en este aspecto, si bien los testigos no son explícitos en sus dicciones, de lo dicho por ellos, se puede concluir que la demandante prestó sus servicios en el establecimiento de comercio tantas veces mencionado; además, la testigo Olga Lucía Torres Vergel, aunque trabajó tan solo por 15 días en ese lugar, indicó que allá trabajaban (ella y la actora) para los dos demandados, hacían las mismas labores y tenían igual horario, y que si bien se entendían “más con don Fernando”, ello se daba porque la señora Dora Cely “iba de vez en cuando”, lo que resulta acorde con lo dicho por la demandante en su interrogatorio de parte.

Ahora, hay que aclarar que si bien el juez de primera instancia señala que “el señor Fernando Araque Cuevas, lo podríamos tener como quien contrata, y no manifiesta si es a nombre propio o a nombre de la propietaria del establecimiento; por lo tanto se condenará a los dos demandados solidariamente...”, sin dar mayor explicación, esta Sala considera que, de las pruebas recaudadas y a las que antes se hizo alusión, puede concluirse que los dos demandados actuaban como empleadores de la demandante, pues puede deducirse que se trataba de un negocio familiar, y por esa razón aunque el establecimiento de comercio es de propiedad de la señora Dora Cely, era su esposo, Fernando Araque, quien permanecía en ese lugar, actuaba como empleador, y expedía certificaciones en dicha calidad, sin que se hubiese demostrado que la señora Dora Cely fuera ajena al manejo del negocio, ya que intervenía aunque con menos frecuencia que su cónyuge.

De manera que es dable concluir la prestación de los servicios personales de la demandante a favor de la demandada Dora Cely Martínez Mejía, circunstancia que activa la presunción legal del artículo 24 CST que establece que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Además, aunque la curadora *ad litem* de la demandada Dora Cely Martínez Mejía señaló que no se demostró la subordinación, en este aspecto, debe decirse que ello no era necesario, pues debe recordarse que quien alega la condición de trabajador no está obligado a probar ese elemento, ya que, como antes se explicó, solamente tiene que demostrar la prestación personal de un servicio; acreditada esta, se presume que está regida por un contrato de trabajo y es la parte demandada la que debe probar que tales servicios fueron autónomos o regidos por una relación diferente a la laboral, sin embargo, en este caso, la demandada no demostró que la actora hubiese actuado con independencia o autonomía, o por su propia cuenta.

En consecuencia, no queda otro camino a la Sala que confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia, como quiera que la demandada Dora Cely Martínez Mejía se encuentra representada por curadora *ad litem*.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 12 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de JENNI PAOLA CALDERÓN LOZADA contra FERNANDO ARAQUE CUEVAS Y DORA CELY MARTÍNEZ MEJÍA, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

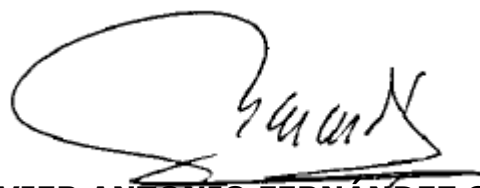
TERCERO: DEVOLVER el expediente digital “*al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes*”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FRANCISCO SNEITHER ARANGO CAÑÓN contra GEODIM S.A.S. Radicación No. 11001-31-05-026-**2016-00419-01**.

Bogotá D. C. veintiocho (28) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia de fecha 29 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. El demandante, el 22 de agosto de 2016, instauró demanda ordinaria laboral contra GEODIM S.A.S. con el objeto que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada desde el 4 de noviembre de 2015 hasta el 22 de enero de 2016; que la demandada lo dio por terminado de forma unilateral y sin justa causa; como consecuencia solicita el pago de la indemnización por despido sin justa causa de la que trata el art. 64 del C.S.T., junto con la indexación y *“el pago de cualquier otro derecho legal o extra legal que se pruebe en este proceso, así como los perjuicios, costas y costos del mismo”*.
2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que suscribió un contrato de trabajo por obra o labor determinada, a partir del 4 de noviembre de 2015, en el cargo de ingeniero consultor, con un salario mensual de \$2.000.000. Aduce que la vinculación laboral se le dio por terminada mediante comunicado escrito del 22 de enero de 2016, sin embargo *“la Gerente Administrativa en el Proyecto del Contrato No. 1412 de 2014, le manifestó a mi poderdante de manera verbal que el proyecto estaba muy atrasado”* y que

“iban a subcontratar todo”, subcontratación que nunca se dio. Señala que “el contrato No. 1412 de 2014 suscrito por el Consorcio Huitaca, del cual hace parte la entidad demandada con la CAR tiene como fecha de terminación el 22 de enero de 2017”, que dicha fecha se constata en el acta de inicio del contrato de consultoría, que le fue enviada por correo electrónico. Señala que en la entidad demandada “la señora YESICA HASBLEIDY SERRANO es la persona que está haciendo las funciones para las cuales había sido contratado mi poderdante”. Indica que la demandada le dio por terminado el contrato de trabajo antes de finalizar la obra o labor para la cual fue contratado y que “entre la fecha del despido injusto (22 de enero de 2016) y la fecha de terminación del proyecto del Contrato no. 1412 (22 de enero de 2017), hay 12 meses”.

3. El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 19 de octubre de 2016, inadmitió la demanda (pág. 59 PDF 01); luego de subsanada, se admitió por auto del 25 de noviembre del mismo año y se ordenó notificar a la demandada (pág. 71 PDF 01), diligencia que se cumplió el día 31 de mayo de 2017, según acta de notificación personal obrante en la pág. 79 del PDF 01).
4. La demandada, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda aceptando la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor contratada que empezó el 4 de noviembre de 2015 y terminó el 22 de enero de 2016; se opuso a que se declare que el vínculo laboral terminó sin justa causa y a que se condene por concepto de indemnización por despido sin justa causa. Frente a los hechos, aceptó lo relacionado con la existencia de un contrato de trabajo, el cargo y el salario devengado. Respecto a la terminación del vínculo laboral adujo que “Puesto que la vinculación laboral finalizó por la terminación de la obra o labor contratada, lo cual ocurrió el día veintidós (22) de enero de dos mil dieciséis (2016), cosa distinta es que la ocurrencia de tal circunstancia, quedó evidenciada por escrito en dicho comunicado”, señala que la labor para la cual fue contratado el demandante consistía en el desarrollo del “SERVICIO DE ACTIVIDADES COREPONDIENTES (SIC) A LA FASE DE PRESTAMIENTO PARA LS((SIC) CUENCAS HIDROGRAFICAS DEL RÍO BOGOTÁ (2120) Y RIO ALTO SUAREZ (CÓDIGO 2101-01) Y DEMAS SERVICIOS COMPLEMENTARIOS)” (SIC), correspondiente al objeto del contrato número 001 de 2015 celebrado entre GEODIM S.A.S. y CONSORCIO HUITACA”. Indicó que con el fin de dar cumplimiento única y exclusivamente a las fases de aprestamiento contemplada en el contrato No. 1412 del 31 de diciembre de 2014, el consorcio Huitaca suscribió el contrato No. 001 de 2015 del 30 de abril de 2015 con GEODIM S.A.S., cuyo objeto fue el de prestar el “servicio de actividades correspondientes a la fase de aprestamiento para ls (sic) cuentas hidrográficas del rio Bogotá (2120) y rio Suarez (código 2401-01) y demás servicios complementarios)”. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción extintiva de los derechos y la consecuente caducidad de la acción, compensación, buena fe de GEODIM

S.A.S., enriquecimiento sin causa-mala del demandante y la genérica. (pág. 107 PDF 01).

5. Con auto del 9 de agosto de 2017 se tuvo por contestada la demanda (pág. 172), señalándose como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS el 25 de enero de 2018 (pág. 173); diligencia que se realizó ese día (pág. 184-185). La audiencia de trámite y juzgamiento se programó para el 31 de mayo de 2018, la cual no se realizó por solicitud del apoderado de la parte demandada, señalándose el 30 de julio de 2018 para realizarla (pág. 189 PDF 01), sin que tampoco se realizara por imposibilidad de comparecer de la testigo Jessica Jasbleidy Serrano, reprogramándose para el 10 de octubre de 2018 (pág. 193 PDF 01), que de nuevo no se realizó, esta vez por solicitud de la apoderada del demandante, señalándose el 2 de febrero de 2019 (pág. 197 PDF 01). Por solicitud de la parte demandante, por auto del 13 de febrero de 2019, el Juzgado accedió a librar despacho comisorio al Juez Laboral del Circuito -Reparto de Bucaramanga (Santander), a efectos de evacuar los testimonios de Milton Caballero Navarro y Juan Carlos Castro Ortiz (pág. 201 PDF 01).
6. El diligenciamiento del despacho comisorio fue llevado a cabo por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito Bucaramanga, Santander, el 12 de noviembre de 2019; allí se escuchó únicamente el testimonio del señor Milton Caballero Navarro (pág. 291 PDF 01). Una vez se incorporó el despacho comisorio, se citó a las partes para el 22 de abril de 2020, para llevar a cabo la audiencia de que trata el art. 80 del CPTSS (pág. 296 PDF 01); no obstante, dada la cuarentena generada por la pandemia del COVID-19, la misma no se realizó, citándose para el 29 de octubre de 2020 (pág. 297 PDF 01), la que se hizo en esta fecha.
7. El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia proferida el 29 de octubre de 2020 (FDF 04), absolvió a la demandada de todas las súplicas de la demanda y condenó en costas al demandante, tasándose las agencias en derecho en la suma de \$900.000.
8. Frente a la anterior decisión, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación, en él señaló: *“Solicito revocar en forma total el fallo objeto de este recurso, en su efecto (sic) se condene a la demandada GEODIM S.A.S. al pago de la totalidad de las pretensiones invocadas en la demanda y en la consecuente condena de costas. Fundamentos de inconformidad: el artículo 230 de nuestra Constitución Política ordena a los jueces en sus fallos se aplique imperio de la ley, esa imperiosa aplicación de la ley significa interpretarla conforme al verdadero alcance que el legislador le haya dado a la norma que se aplica al caso; después de abundante elucubración, el juzgado consideró erróneamente absolver*

a la demanda, pues considero que el despido no fue injusto ni fue unilateral al demandante, y que por lo tanto no le corresponde una indemnización por despido, pero lo que realmente indica el acervo probatorio al respecto es que la parte actora logró probar los hechos de la demanda, en el caso presente, el a quo violó la norma constitucional en los artículos 29 y 53 ibidem, tal trasgresión de las anteriores normas constitucionales fue consecuencia de la violación de los artículos 21, 45 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo y artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social como quiera que si bien es cierto que el operador judicial laboral no está sometido a la tarifa legal de las pruebas, no es menos cierto que en este caso estaba obligado a analizar todas las pruebas testimoniales, interrogatorios y pruebas documentales, que no lo hizo en su totalidad. En el caso presente su señoría, era basar su convencimiento con unas pruebas apreciadas erróneamente para favorecer a una de las partes, como aquí lo hizo a favor de la parte demandada, desconociendo la mayoría del acervo probatorio con el que se desquiciaron los hechos de la contestación de la demanda y que, por supuesto, desfavorecen a la parte demandante. De manera que valorar sólo parte del acervo probatorio como aquí lo hizo el señor Juez, sin valorar aquellas pruebas que justamente contradijeron las apreciadas erróneamente por el fallador de primer grado, es ni siquiera ni más ni menos que una violación al debido proceso, al derecho de defensa y la primacía de la realidad sobre las formalidades, es decir, la situación más favorable al trabajador en caso de duda en aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho. Al proceso de la referencia a la parte demandante aportó bastante prueba documental, el contrato individual de trabajo, el acta de inicio, el contrato 1412, pruebas que no fueron analizadas contextualmente por su señoría. En la cláusula quinta del citado contrato de trabajo que su señoría trajo a colación, dice específicamente “las partes acuerdan la duración de este contrato se encuentra sujeta al tiempo que dure la realización del proyecto” ¿Cuál era ese proyecto? Era el proyecto 1412 del 2014 para ese contrato esto fue reafirmado por los testigos de la parte demandante e incluso con algunas de las respuestas dadas por el representante legal de la parte demandada. Pruebas que no fueron valoradas por el juzgado. Ahora bien, en el caso que nos ocupa también es importante tener en cuenta que la parte demandante con las preguntas formuladas a los testigos de la parte demandante, la señora Sandra Milena y la señora Angela Andrea Acevedo, quedó demostrado que el contrato 1412 suscrito con el consorcio Huitaca hacía parte de las funciones que desempeñaba el señor Francisco, por ninguna parte del contrato no figura que estuviera sujeto o que dijera las palabras que su contratación estaba sujeta a la fase de aprestamiento, en el contrato laboral por ningún lado dice eso, lo que dice era para la realización del proyecto y reiteró cuál era ese proyecto, el proyecto era el contrato 1412 del 2014 entonces fueron pruebas que no fueron tenidas en cuenta, no fueron valoradas en su totalidad, reitero, ni las preguntas formuladas al representante legal ni los dichos incluso de los testigos de la parte demandada, que se fueron fue por las ramas explicando ciertas cosas, tecnicismos que para mí como profesional del derecho tendría que tomar un curso o realizar una carrera de ingeniería civil para entender todos esos términos que ellos utilizaban. Entonces, en este orden de ideas, considero que no fueron valoradas ni tenidas en cuenta las pruebas aportadas al proceso por la parte demandante, si las hubiera tomado en cuenta o las hubiera valorado de manera adecuada se habría notado que de esta forma habían quedado probado tanto los hechos como las pretensiones de la demanda. Por lo antes expuesto, es evidente que la demandada debe ser condenada en todas y cada una de las pretensiones incoadas en la

demanda. En los anteriores términos, dejó sustentadores este recurso a la espera de que sea resuelto por el honorable Tribunal de manera favorable”.

9. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación, mediante auto del 7 de diciembre de 2020; luego, con auto del 17 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual ambos apoderados se pronunciaron.

La apoderada del demandante indicó que *“en audiencia de trámite y juzgamiento llevada a cabo por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, quedó demostrado de manera diáfana y transparente que mi prohijado fue despedido de manera unilateral y sin justa causa”*. Aduce que quedó acreditado que el actor desempeñó sus funciones como ingeniero consultor para la demandada en el desarrollo del Contrato No. 1412 de 2014, suscrito entre la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca-CAR- como contratante y el Consorcio Huitaca como contratista, grupo del cual la entidad demandada forma parte. Indica que la demandada actuó de mala fe al presentar en la audiencia de trámite y juzgamiento una prueba que el demandante no conocía y la a quo la tuvo en cuenta. Solicita que se revoque el fallo de primera instancia, por considerar que es incongruente y violatorio del derecho de defensa del demandante.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada, solicita se confirme la sentencia y señaló que *“no hay duda que la primera instancia analizó las pruebas que resultaron ser conducentes y pertinentes. El hecho de que el “A quo” no se haya referido puntualmente a alguna prueba documental, no invalida la decisión. En realidad, las pruebas se analizaron y apreciaron en conjunto, de acuerdo con las reglas de la experiencia y la sana crítica y ello se puede concluir de la misma sentencia. La juez analizó el Contrato de Trabajo por duración de la obra o la labor, las certificaciones aportadas, el contrato 1412 de 2014, el contrato 001 de 2014 (sic), la oferta de trabajo, las condiciones propias de la fase de aprestamiento, las declaraciones de los testigos escuchados en juicio y las confesiones de las partes. Así, las afirmaciones del actor no tienen ningún sustento como para hacer que la decisión cambie en segunda instancia”*.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso antes el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se

profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así entonces, se tiene que el problema jurídico por resolver es analizar si hay lugar a revocar la sentencia de la a quo, en el entendido de que no medió una causal objetiva para la finalización del contrato de trabajo del actor, como lo fue la terminación de la obra o labor contratada, y como consecuencia hay lugar a condenar a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa junto con la indexación, como se solicita en la demanda.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente la existencia de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada entre el demandante y GEODIM SAS, así como sus extremos temporales, del 4 de noviembre de 2015 al 22 de enero de 2016, en el cargo de ingeniero consultor; estos aspectos fácticos no fueron controvertidos por las partes intervinientes, y se corrobora con el contrato de trabajo (pág. 13-26 PDF 01), la comunicación de la terminación del vínculo laboral (pág. 29 PDF 01), los comprobantes de nómina (pág. 27-28 PDF 01) y la certificación expedida por GEODIM SAS el 22 de enero de 2016 (pág. 30 PDF 01); por tanto, esta Sala de Decisión no hará pronunciamiento alguno sobre esos aspectos, y se limitará a resolver el problema jurídico aquí planteado. De todas formas, interesa dejar sentado que las partes coinciden en que el contrato celebrado fue por duración de la obra o labor contratada, sin que hagan ningún cuestionamiento a este aspecto; por ende, el fallo que se profiera tiene que ser congruente con esta posición de los litigantes.

En ese orden, la parte actora en su recurso insiste en que quedó acreditado que al demandante le fue terminado el contrato de forma unilateral y sin justa causa, y que a esa conclusión debió llegar la a quo si hubiese realizado un estudio juicioso a todas las pruebas allegadas al proceso.

La a quo al proferir su decisión, señaló: *“Es así que en principio no podría aseverarse que en dicho contrato se hagan alusión, bien sea el mencionado contrato 001 2015 o al reseñado contrato 1422 de 2014, por lo que debe analizarse en conjunto el acervo probatorio recaudado, concluyendo de tal ejercicio que el demandante no probó, como le correspondía, que su contrato estaba ligado al contrato 1412 de 2014. Lo anterior por cuanto considera este despacho que efectivamente lo que se encuentra acreditado es que la vinculación del demandante se originó en virtud del contrato 001 2015 terminando su labor el 22 de enero de 2016, sin que pueda decirse que fue reemplazado por la señora, Yesenia Jasbleidy, toda vez que como lo indicó el testigo Milton Caballero Navarro y el señor Juan Carlos Castro, el señor Milton dice que ella se vinculó mediante el contrato 1412 como auxiliar de recurso hídrico, una denominación distinta a la del demandante, quien era ingeniero consultor y, además, como nos lo manifestó el testigo de hoy, las funciones*

eran totalmente distintas. Cabe anotar que cuando se solicitó la vinculación de un ingeniero consultor, claramente se indicó como duración “fase de aprestamiento” y que el objetivo del cargo era “apoyo administrativo para la ejecución de la fase de aprestamiento dentro del marco del contrato suscrito entre el GEODIM S.A.S. y el consorcio Huitaca”, tal contrato no es otro que el contrato número 001 2015, por lo que independientemente de la fecha en que feneció el contrato 1412 de 2014, lo cierto es que la relación laboral del demandante dependía del contrato suscrito en el año 2015. Asimismo que como se ve a folio 115, se componía su vez de diferentes actividades con diferentes fechas de terminación, pactándose su liquidación de mutuo acuerdo, el 31 de marzo 2016 folio 135, lo cual de suyo no deriva en que se pueda concluir que el vínculo del actor debía mantenerse hasta tal fecha, máxime si se tiene presente las diversas actividades que componen el contrato 001 2015 y que el demandante solamente estaba contratado para la fase de aprestamiento, la cual finalizó en enero de 2016. Así las cosas, considera este despacho que la parte demandante no logró acreditar el hecho del despido. Lo anterior, por cuanto lo que se entiende acreditado es que la finalización del vínculo se dio por un modo legal de terminación, esto es, la finalización de la obra labor contratada. Lo anterior, teniendo en cuenta que no se encuentra acreditado que el demandante haya sido vinculado mediante el contrato 1412 de 2014, máxime que dicho contrato, conforme las pruebas documentales y lo informado por los testigos, se tiene que fue celebrado entre la CAR y el CONSORCIO HUITACA, siendo que en el presente asunto solamente se encuentra demandada GEODIM que si bien hace parte del mismo consorcio Huitaca, en caso de que el demandante haya prestado sus servicios para el contrato 1412 de 2014, se debió haber vinculado a todas las personas que conformaban dicho consorcio, circunstancia ésta que no acontece en el caso bajo estudio; por el contrario, lo que se encuentra acreditado es que el demandante prestaba sus servicios a GEODIM SAS, en virtud del contrato que esta empresa celebró con el consorcio Huitaca, independiente del contrato 1412 de 2014, que fue un contrato suscrito por otras entidades, como lo eran la CAR y el CONSORCIO HUITACA”.

De acuerdo con el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que modificó los artículos 62 y 63 del CST, la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, los motivos de su decisión, y esta previsión legal tiene razón de ser en cuanto posteriormente no podrá alegar válidamente otra causal o motivo distinto. Además, de acuerdo con los criterios sobre la carga de la prueba (artículo 167 del CGP), al trabajador le corresponde acreditar el despido, o la terminación unilateral de la relación laboral, por cualquiera de los medios probatorios establecidos en la ley, y a su vez, a la demandada le corresponde demostrar de manera suficiente, fehaciente y sin lugar a equívocos, que esa terminación se dio por una justa causa o por un motivo legal.

Debe recordarse igualmente que el artículo 45 del CST señala que el contrato de trabajo puede celebrarse, entre otras modalidades, “por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada”, lo que significa que su duración está delimitada con la consecución de un resultado concreto y específico.

Frente a este tipo de contrato, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 2827 del 4 de agosto de 2020, en la que reiteró lo dicho en sentencias SL2176 de 2017, SL3796 de 2017 y SL39050 de 2013, señaló que el mismo está limitado hasta la finalización de la obra, por lo que su duración es cierta, y en ese orden, los contratantes desde el momento de su celebración conocen en qué momento se dará su terminación, que no es otro, que el de la culminación de la obra o labor para la cual se contrató. Dijo la Corte en esa oportunidad:

“Si bien aquel tiene una naturaleza incierta, sometida a la ejecución de determinadas actividades, el límite se circunscribe, entre otros, a la finalización o verificación de una serie de etapas que deben ser precisas, impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo, caso en el cual sería de carácter indefinido. Esa necesidad del trabajo limitada temporalmente permite indicar que las partes conocen sobre su incidencia, en el que se mantiene hasta tanto se encuentre ejecutando la labor, o hasta su finalización”.

(...)

“Debe recordarse que en esta clase de contratos por duración de la obra ocurre lo que en aquellos en que las partes desde el principio convinieron en fijarles duración cierta como los contratos a término fijo, porque en ambos ha existido acuerdo previo sobre la misma, con la diferencia de que mientras en uno el plazo es indeterminado pero cierto por cuanto se encuentra fijado por la naturaleza del servicio que se contrata, en el otro es cierto y determinado y surge de la estipulación expresa de los contratantes. Más, en ambos las partes saben desde el momento de la celebración del contrato cuándo va a verificarse su terminación.

Por ende, la vigencia del contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada no depende de la voluntad o el capricho del empleador o del trabajador, sino que corresponde a la esencia misma del servicio prestado. Por ello, cuando se acude a esta clase de contrato, se entiende que el convenio va a durar tanto tiempo cuanto se requiera para dar fin a las labores determinadas o, en otros términos, que la fecha de finalización es determinable y depende de la culminación de la obra o la tarea contratada...”

Para resolver el asunto, obra dentro del plenario la siguiente prueba documental:

*“CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO POR OBRA O LABOR DETERMINADA”, de fecha 4 de noviembre de 2015, para ejercer el cargo de ingeniero consultor; en dicho convenio se indica el objeto del contrato, así: “**PRIMERA. Objeto. EL EMPLEADO** se obliga para con **EL EMPLEADOR** a ejecutar personalmente, de manera directa, y con mayor diligencia y cuidado, las labores que sean necesarias y en las anexas y complementarias para desempeñar el cargo de **INGENIERO CONSULTOR** o cualquier otro que **EL EMPLEADOR** le indique, de conformidad con las órdenes e instrucciones que imparta **EL EMPLEADOR** o sus representantes”. La duración del contrato conforme la cláusula QUINTA se “encuentra sujeta al tiempo que dure la realización del Proyecto o la labor contratada, descrita en la cláusula primera de este contrato contado a partir de su firma, sin perjuicio de que pueda ser prorrogado expresa o tácitamente de conformidad con la ley, siempre y cuando el proyecto o labor contratada se encuentre aún vigente” (pág. 13-26 PDF 01).*

Certificación expedida por la empresa Geodim S.A.S., de fecha 22 de enero de

2016, en la que indica que el actor laboró para esa empresa del 4 de noviembre de 2015 al 22 de enero de 2016, “desempeñando el cargo **INGENIERO CONSULTOR**, vinculado a través de un contrato de trabajo por obra o labor (...)” (pág. 30 PDF 01).

Comunicación de fecha 22 de enero de 2016, mediante la cual la demandada GEODIM S.A.S, notifica al demandante que, “por el presente nos permitimos informarle que, una vez revisado el desarrollo y avance de la labor, para la cual usted fue contratado en el cargo de **INGENIERO CONSULTOR** en la fase de aprestamiento le comunicamos que la misma finalizara (sic) el día 22 Enero de 2016. Por este motivo, queremos informarle que según lo dispuesto en el artículo 61, literal d) del Código Sustantivo del Trabajo, su contrato de trabajo por obra o labor determinada terminará, una vez finalice la jornada de trabajo del día 22 Enero de 2016”. (pág. 29 PDF 01).

Contrato No. 1412 de 2014 suscrito entre la CAR como contratante y el Consorcio HUITACA con el objeto de “Ajustar (actualizar) los planes de ordenación y manejo de las cuencas hidrográficas del río Bogotá (Código 2120) y río alto Suarez (código 2401-01) en el marco de proyecto “incorporación del componente de gestión del riesgo como determinante ambiental del ordenamiento territorial en los procesos de ordenación territorial en los procesos de formulación y manejo de cuencas hidrográficas afectadas por el fenómeno de la niña 2010-2011”. (pág. 31-41 PDF 01).

Acta de inicio del contrato de consultoría No. 1412 del 31 de diciembre de 2014, en la cual se indica: “A los 22 días del mes de Junio de 2015, se reunieron de una parte **RENAN ALFONSO ROJAS GUTIERREZ**, identificado con... en representación de la Interventoría Consorcio Pomcas 2014 (...) y **JULIÁN RAMIRO BUITRAJO JARA**, identificado con... actuando en nombre y representación del Consultor Consorcio Huitaca (...) con el fin de dar inicio a la ejecución del Contrato No. 1412 de 2014 entre la Corporación Autónoma Regional Cundinamarca “CAR” y Consorcio Huitaca. (...) **PLAZO:** Diecinueve (19) meses, contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato. **FECHA INICIACIÓN:** Junio 22 de 2015. **FECHA TERMINACIÓN:** Enero 22 de 2017 (...)” (pág. 42-43 PDF 01).

Correo electrónico enviado el 4 de diciembre de 2015 por Linda Milena Martínez - Administrativo Bogotá D.C. “Acta de inicio firmada Consorcio Huitaca”, remitida a varias personas entre ellas al demandante, al señor Juanca Carlos Castro y Milton Caballero, entre otros, donde dice “Adjunto Acta de inicio Consorcio Huitaca entregada por la Doctora Janneth en la tarde de hoy. Saludos” y está el lodo de GEODIM. (pág. 46 PDF 01).

Contrato de consultoría No. 001 de 2015 celebrado el 30 de abril de 2015 entre Consorcio Huitaca como contratante y GEODIM S.A.S. como contratista, en el que se pactó como objeto “**SERVICIO DE ACTIVIDADES CORRESPONDIENTES A LA FASE**

DE APRESTAMIENTO PARA LAS CUENCAS HIDROGRÁFICAS DEL RIO BOGOTÁ (CÓDIGO 2120) Y RIO ALTO SUAREZ (CÓDIGO 2401-01) Y DEMÁS SERVICIOS COMPLEMENTARIOS”, en la cláusula DÉCIMA se pactó: “PLAZO Y ENTREGA DEL PROYECTO. El plazo del Contrato será desde el día **Primero (01) de Mayo de 2015 hasta el Treinta y Uno (31) de Marzo de 2016**”. (Pág. 125 a 132 PDF 01). Acta de inicio del contrato 001 de 2015, en la que se indica que empieza el 14 de mayo de 2015 y que “en la presente reunión GEODIM S.A.S. presenta al CONSORCIO HUITACA el plan de trabajo, el cual es aprobado en su totalidad. Ver Anexo a esta acta” (pág. 133 PDF 01). “ANEXO. PLAN DE TRABAJO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO SUSCRITO ENTRE GEODIM SAS Y EL CONSORCIO HUITACA”; allí se indica que la **fase aprestamiento** va desde el 16 de junio de 2015 al 17 de enero de 2016 y la totalidad del contrato va desde el 14 de mayo de 2015 al 31 de marzo de 2016” (pág. 134 PDF 01). Acta de seguimiento del contrato de consultoría No. 001 de 2015, realizada el 17 de octubre de 2015, en la que se llegó a las siguientes conclusiones: “1. Geodim SAS entrega al Consorcio Huitaca, un informe detallado de la ejecución del plan de trabajo. 2. Del seguimiento realizado, se evidencia que Geodim SAS presenta un retraso del 22% respecto a las actividades que deberían estar terminadas a la fecha. 3. Geodim SAS indica que entre los motivos principales del retraso están la dificultada (sic) para acceder a la información secundaria y a que no cuenta con el personal suficiente. 4. Geodim SAS propone al Consorcio Huitaca una reestructuración del equipo de trabajo, en el cual se incluye la vinculación de personal de apoyo técnico y administrativo para el cumplimiento de compromisos imponible (sic) como las entregas de los informes de avance. 5. El Consorcio Huitaca avala la propuesta de Geodim S.A.S.”. (Pág. 135-136 PDF 01).

Formato solicitud de personal de GEODIM SAS, del 26 de octubre de 2015, en el que se relaciona como gerente al señor Milton Caballero. Información del cargo a solicitar: INGENERO CONSULTOR, Área /No. Proyecto: Área administrativo del Consorcio Huitaca. 3. OBJETIVO DEL CARGO: *Apoyo administrativo para la ejecución de la fase de aprestamiento, dentro del marco del contrato suscrito entre Geodim SAS y el Consorcio Huitaca.* 4. FUNCIONES DEL CARGO: *Solicitar a los profesionales y expertos temáticos la información requerida para elaborar los informes de avance al cumplimiento del plan de trabajo de la fase de aprestamiento. Hacer las solicitudes de compra de bienes o servicios que requieran para la elaboración de sus actividades. Elaborar los informes de avance mensuales a la fase de aprestamiento. Apoyar a los profesionales y los expertos temáticos, en las actividades de tipo administrativo que se requieran para dar cumplimiento al plan de trabajo de la fase de aprestamiento. (...) 6. CONDICIONES LABORALES TIPO CONTRATO: labor determinada. Duración: FASE APRESTAMIENTO. Salario \$2.000.000. Auxilios No Salariales 300.000. (...) 9. APROBACIÓN (Gerencia) Nombre MILTON CABALLERO NAVARRO. Cargo: Gerente*”. (pág. 137-138 PDF 01).

Acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato de consultoría 001 de 2015, “OBJETO: Servicio de actividades correspondientes a la fase de aprestamiento para las cuencas hidrográficas del rio Bogotá (Código 2120) y rio alto Suarez (Código 2401-01) y demás servicios complementarios. Plazo inicial: 01/05/2015 hasta 31/03/2016. Fecha de inicio 14/05/2015 fecha de terminación 31/03/2016. Acuerdan: PRIMERO: Liquidar por mutuo acuerdo el Contrato No. 001 de

2015, según las consideraciones mencionadas. SEGUNDO: Declarar que las partes se encuentran mutuamente a paz y salvo por las obligaciones contraídas en virtud del Contrato, objeto de la presente liquidación” (pág. 159 -161PDF 01). Documento firmado el 31 de marzo de 2016.

Certificación que indica las funciones del demandante (pág. 170); se apunta desde ahora que llama la atención que es del 14 de junio de 2017, es decir después de que se interpuso la demanda. No se tiene certeza de que el demandante la haya solicitado o conocido antes de anexarse a la contestación de la demanda y es la documental a la que hizo referencia la apoderada en los alegatos de conclusión interpuestos en esta instancia.

Certificación laboral expedida por GEODIM S.A.S. el 14 de junio de 2017, que indica que Linda Milena Martínez Latorre laboró en esa empresa desde el 21 de abril al 18 de diciembre de 2015, desempeñando el cargo de Asistente Administrativa. Funciones: 1. Manejo de caja menor. 2. Programaciones de dinero para anticipos, viáticos y talleres. 3. Legalizaciones de Viáticos. 4. Elaborar solicitudes de servicios y de compra en la ERP. 5. Manejo de correspondencia enviada y recibida “. (pág. 171 PDF 01).

Igualmente se recibieron los testimonios de Milton Caballero (mediante despacho comisorio), Juan Carlos Castro Ortiz, Angela Andrea Acevedo Jiménez y Sandra Milena Vargas, así como el interrogatorio de parte del demandante y del representante legal de la demandada, quienes frente al tema objeto de apelación manifestaron lo siguiente:

El señor **Milton Caballero** indicó que es gerente de la empresa GEODIM S.A.S. y vinculó al demandante en el año 2015. Frente a los motivos por los cuales este dejó de laborar, contestó: “Si, él tuvo una vinculación en el año 2015, en noviembre a solicitud mía que fungía como gerente para apoyar administrativamente un contrato que desarrollaba el Consorcio Huitaca con la CAR, que era un plan de ordenación y manejo de cuencas para este año que se inició el contrato el consorcio Huitaca hace un contrato el 001 para que GEODIM lo desarrollara. A mediados de octubre se hace un balance de que se tenía un atraso en el contrato, en la ejecución, en la fase de aprestamiento del POMCA y se requería un personal, yo hago una solicitud de personal para contratar un ingeniero consultor para apoyo administrativo en la fase de aprestamiento del pomca y ahí es donde me referencia al señor ESNEITHER, le hago la entrevista y se hace la vinculación. Él laboró hasta enero de 2016, que es el momento donde se termina la fase de aprestamiento y el contrato 001 entre consorcio Huitaca y la empresa GEODIM”. Señaló que el contrato No. 1412 de 2014 tenía como objeto el “ajuste del plan de ordenación del manejo de la Cuenca hidrográfica del río Bogotá y del río alto Suárez” y 4 fases “la fase de aprestamiento, una fase de diagnóstico, una fase que se llama zonificación y prospectiva y una etapa final que se llama formulación de proyectos”. Aclara que al demandante lo contrataron únicamente para la primera fase, la de “aprestamiento”, la cual iba hasta el 22 de enero de 2016, por eso el contrato 001 de 2015 estaba programado que

terminaba en esa fecha y así fue. Señala que la fase de aprestamiento consistió *“en la ordenación de la Cuenca del río Bogotá y de alto Suárez es como la misma palabra lo indica, es aprestarme. Recojo, toda la información, la evaluó, la categorizo, conozco los nuevos actores que están en la Cuenca y me alisto para iniciar una fase de campo que se llama diagnóstico”*. Frente a cómo fue la ejecución del contrato 001 del 2015, señaló: *“Para esa fecha hubo elecciones, en estos contratos de ordenación de cuencas hay mucho tema con actores sociales, con actores de Cuenca y ese cambio de gobierno que fue alrededor de octubre, nos implicó a nosotros de que el contrato se venía atrasando porque la compilación de la información era innecesaria o no había quien atendiera, y se determina que para esa fecha hay un atraso de alrededor del 20, 30% y Geodim determina que hace falta personal para atacar toda una Cuenca tan grande como es la Cuenca del río Bogotá. Entonces ahí es donde se determina que se requiere más personal”*. Manifestó que él (testigo) hizo la solicitud de personal el 26 de octubre de 2016, debido a que el representante legal del consorcio Huitaca y el director técnico tomaron la determinación de la necesidad de contar con más personal; por eso, se requirió un ingeniero consultor para el apoyo administrativo en la ejecución de la fase de aprestamiento del POMCA, que sus funciones eran: *“Recopilación de la información de los profesionales que estaban ejecutando el POMCA, la realización de informes de avance y hacer algunas solicitudes de bienes y servicios que se requerían en ese momento”*. Y que se contrató al demandante, a quien se le informó las condiciones laborales y a qué obra estaría sujeto su labor, que él (testigo) quedó como jefe directo al hacer la vinculación y le hacía control y seguimiento porque era responsable de la ejecución del contrato 001. Señaló que el demandante no contaba con el perfil que se requería en el contrato 1412 de 2014 y además cuando se contrató se necesitaba era apoyo administrativo para la ejecución del contrato. Por otra parte, indicó que la señora Linda Milena Martínez era una auxiliar administrativa de Geodim en el contrato 001, no tenía dentro de sus funciones informar, en este caso al demandante, de algún avance o condición respecto del contrato 1412 ni del 001. Respecto de la señora Yesica Jasbleidy Serrano, indicó que la conoció un poco antes que a Sneither y que era una ingeniera ambiental que sí hacía parte de las hojas de vida presentadas en la ejecución del contrato 1412 del consorcio; que ella, ante la CAR, representaba un perfil de los tantos solicitados.

El señor **Juan Carlos Castro Ortiz**, quien trabajó para la demandada desde el 2015 a 2019, conoció al demandante porque trabajaron en el 2015 en un proyecto relacionado con planes de ordenación y manejo de cuencas, que él (testigo) por su experiencia lo asesoraba y orientaba en algunas cosas. Adujo que las funciones del demandante era apoyar *“el desarrollo de los productos que estaba trabajando GEODIM para POMCAS”*. Respecto a la obra o labor para el cual fue contratado el demandante, señaló: *“Para apoyar el desarrollo del contrato y que celebró Geodim con el consorcio Huitaca, era para hacer actividades de apoyo, hacer planes de trabajo, recopilar información, hacer el informe, apoyando al equipo técnico del proyecto”*. Señaló que el contrato de GEODIM y HUITACA duró hasta enero de 2016, y fue hasta donde el

demandante laboró. Frente a los parámetros generales del contrato entre el consorcio Huitaca con Geodim, manifestó: *“ese contrato lo firmó GEODIM y el consorcio Huitaca para desarrollar unas actividades que estaban contempladas en un contrato que Huitaca había celebrado con la CAR, el contrato 1412. Entonces GEODIM fue contratado para desarrollar una parte de ese contrato”*. El testigo aclaró el desarrollo de la fase del contrato entre Geodim y Huitaca, en la que según él participo el actor: *“Francisco participó con nosotros en ese contrato hasta que terminó el contrato de GEODIM con Huitaca, para desarrollar una fase que se llama de alistamiento de aprestamiento, que consiste en la recopilación de información de las cuencas, en ese caso de las cuencas del río Bogotá, el río Suárez era recopilación de información, análisis de información, técnica, temática sobre puntos específicos, sobre temas socioculturales de la Cuenca, identificación y caracterización de actores, información sobre gestión del riesgo, información sobre calidad del agua, era parte de hidrología. Esa actividad fue la que GEODIM desarrolló durante 6 meses que duró el consorcio Huitaca”*. Adujo que posterior a esa fase de alistamiento a aprestamiento, ya no continuó Geodim, sino directamente el consorcio Huitaca en desarrollo del proyecto con la CAR. Manifestó que mientras el objeto del contrato suscrito entre el consorcio Huitaca y la CAR que correspondía al No. 1412 de 2015 era *“la formulación y actualización de los planes de ordenación y manejo de cuencas hidrográficas del río Bogotá y altos Suárez, incluyendo la gestión del riesgo. Ese era el objeto el objeto del contrato 1412”*; el objeto del contrato que se hizo entre GEODIM y el consorcio Huitaca No. 001 de 2015, *“se circunscribe al desarrollo de la fase de aprestamiento”*. Asimismo, también refirió que el contrato 1412 se desarrollaba por fases, la primera era el de *“aprestamiento”*, y se suscribió el contrato 001 de 2015, únicamente para el desarrollo de esa fase en la cual, insistió, participó el actor. Por otra parte, manifestó que la señora Yessica Serrano Neira trabajó como profesional del recurso hídrico, y que esa participación era aprobada por la interventoría en el marco del contenido del contrato 1412; que sus actividades no eran equivalentes a las del actor porque *“son actividades técnicas relacionadas, como por ejemplo, la recopilación de información de datos de calidad del agua del río Bogotá y el río alto Suárez, el procesamiento de esa información, el cálculo de índices, el índice de calidad del agua, el índice de alteración del recurso hídrico, alteración potencial del recurso hídrico, es una actividad muy técnica, que está relacionada directamente con el objetivo del Pomcas. Francisco entró a apoyar a Geodim, para entregar el producto al consorcio Huitaca. Él lo que hacía era planes de trabajo, estaba pendiente que los expertos temáticos entregará la información, estaba pendiente de hacer unos informes de avance donde se recopilaban en un formato que establecía la interventoría, entonces él llenaba de la información para entregársela al consorcio Huitaca, que era el que se entendía con el contratante, eran más actividades de apoyo, no desarrolló ninguna función de experticia técnica de la formulación del pomcas”*. Manifestó que la señora Serrano no asumió ninguna de las obligaciones que tenía el actor cuando se le terminó el contrato, porque manejaban temas diferentes, y además el actor no hacía parte de los profesionales que se presentaron y se aprobaron en el marco del contrato 1412, que había actas de aprobación de esas personas para que pudieran hacer parte del equipo técnico. Respecto de la señora Linda Milena Martínez, manifestó que

era asistente administrativa ayudaba en muchas cosas, como programar vehículos para que el equipo social y técnico saliera, era una asistente administrativa que les ayudaba en esta parte, pero no tenía la responsabilidad de determinar el estado de un proyecto, ni de las etapas de inicio del cierre del mismo. Finalmente, a la pregunta *“quién fue la persona que siguió ejecutando las funciones del actor luego de su despido”* contestó: *“No se requirieron porque el contrato que suscribió GEODIM con Huitaca terminó en el mes de enero del 2016 y una vez terminado ese contrato, pues él como ejercía era apoyo para GEODIM, entonces no se necesitaba más esa actividad, ya el equipo del consorcio Huitaca ya se organizó internamente y pues hizo sus actividades que correspondía”*.

La señora **Angela Andrea Acevedo Jiménez** manifestó que trabajó con el demandante en el proyecto POMCAS en la empresa GEODIM, ella laboró desde diciembre de 2015 al 16 de abril de 2016 como coordinadora del proceso social del POMCA rio Bogotá. Adujo que el demandante era consultor de ingeniería y tenía que hacer la consolidación de los informes del Pomcas en las diferentes áreas en el contrato 1412 de 2014. Adujo que el contrato 1412 de 2014 fue suscrito por Geodim, el consorcio Huitaca y la CAR, que ella no conoció el contrato 001 de 2015. Señaló que le consta que Geodim suscribió el contrato 1412 de 2014 porque ella tuvo vinculación con Geodim como coordinadora social del POMCAS. Adujo que tuvo conocimiento que el contrato 1412 terminó en el 2018 porque se hizo un proceso de socialización en la Contraloría sobre los avances del mismo, y que ella no asistió a esa reunión, tuvo conocimiento porque fue convocada a esa socialización.

Por su parte la testigo **Sandra Milena Vargas** adujo que laboró para GEODIM desde octubre hasta el 27 o 28 de diciembre de 2016 y que fue la persona que hizo empalme al demandante y que ella se quedó trabajando en el tema de sistemas de información geográfica y el demandante hacía todo lo relacionado con manejo de información y entrega de la información del POMCA Rio Bogotá y rio Suárez y que el actor le comentó que estuvo trabajando hasta enero. Adujo que el contrato en que el demandante laboró fue el 1412 de 2014 que era *“un contrato de actualización de las cuencas de ordenamiento territorial, de las cuencas hidrográficas del río Bogotá y del río Suárez, para todo el manejo de invasión y todo eso de las cuencas”*. Que cree que el contrato 1412 terminó en el año 2016 o 2017, no tiene la fecha exacta. Adujo que no conoció el contrato 001 de 2015. Finalmente indicó: *“Yo estoy diciendo, lo único que yo sé, lo único que yo sé es que Sneither estaba trabajando y él tenía pues hasta donde él y yo habíamos hablado, él tenía un contrato más o menos por un año a año y medio hasta la terminación de los pomcas, y se lo terminaron antes del tiempo estipulado, fue lo único que él me comentó y pues por eso fue que me llamaron a declarar”*.

El representante legal de la demandada señaló que tienen un proceso de selección y que cada persona que se contrata tiene clara la situación y para qué

es contratado. Cuando se le preguntó “para qué obra específicamente fue contratado el demandante”, contestó: “Es claro que la labor del señor Sneither era dentro de un marco de un contrato entre la empresa que represento y el consorcio Huitaca para una labor específica”. Frente al término de duración del proyecto Huitaca, señaló: “Es necesario, señora juez aclarar los momentos que dieron origen al contrato del señor Sneither, hay un contrato suscrito el 31 de diciembre entre la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca y el consorcio Huitaca, GEODIM a su vez, es socia de ese consorcio Huitaca, Huitaca le entrega la administración de alguna de las partes de ese contrato a GEODIM y en el marco de ese contrato entre ellos dos, es que se contrata al señor Sneither por Geodim para realizar una labor específica que era ingeniero consultor”. Manifiesta que al demandante se le contrató en el marco del contrato entre Huitaca y Geodim y no el que se realizó entre la CAR y Huitaca y luego señaló: “La Corporación contrata a Huitaca para hacer un ordenamiento de cuencas hidrográficas, hay un proceso de selección precontractual y hay unas condiciones mediante un pliego de condiciones. Ese pliego de condiciones estipulaba, una serie de perfiles, Director profesional, hidrólogos y bueno, esos perfiles no son la función que desarrolló el señor Sneither. La razón por la cual se le contrató fue porque teníamos una contingencia, necesitábamos avanzar en el tiempo y el avance del proyecto y no lo estábamos logrando. Entonces se diseña una estrategia en el cual una persona consolide toda la comunicación de los productos y sea el que desarrolle y el interlocutor entre nosotros, o sea, entre Geodin y los contratistas que existían en el momento o el resto de las profesionales que eran más de 35 profesionales. Esa era la labor. Quiero dejar claro que ingeniero consultor no está dentro de lo requerido por la corporación y mis responsabilidades contractuales como Huitaca, porque también soy representante legal de Huítaca, simplemente se contrata con el ánimo de poder avanzar en el proyecto, desafortunadamente, pues no se cumplen los tiempos, el consorcio Huitaca decide liquidar el contrato con Geodin que tenía para la administración y ahí es donde toca reestructurar el equipo”. Frente a las funciones del demandante acudió a la certificación que allegaron con la contestación de la demanda, donde dice que era: “solicitar a los profesionales y expertos temáticos de la información requerida para elaborar los informes de avance al cumplimiento del plan de trabajo de la fase de aprestamiento. Hacer las solicitudes de compra de bienes y servicios que requieran para elaboración de sus actividades, elaborar los informes de avances mensuales de la fase de aprestamiento, apoyar a los profesionales y expertos temáticos en las actividades de tipo administrativo que requieran para dar cumplimiento del plan de trabajo de la fase de aprestamiento”:

El demandante en su interrogatorio de parte admite que suscribió un contrato de trabajo por obra o labor contratada con GEODIM para el cargo de ingeniero consultor; sin embargo, respecto a si la labor era “el desarrollo del servicio de actividades correspondientes a la fase de aprestamiento para las cuencas hidrográficas del río Bogotá y río alto Suarez y demás servicios complementarios”, señaló que “no fue solamente para la fase de aprestamiento, era para todas las fases y la finalización del proyecto”. A la pregunta “Indique el despacho, si es cierto o no, que el señor Milton Caballero Navarro realizó entrevista a usted previo a su vinculación laboral, indicando las funciones puntuales que debía ejecutar dentro de la fase de aprestamiento de las cuencas hidrográficas del río Bogotá y río alto Suárez”. Contestó: “Sí es cierto”. También aceptó que las funciones que ejecutó hasta el 22 de enero del año 2016 correspondieron a las de “ingeniero consultor dentro de la fase de aprestamiento

de las cuencas hidrográficas del río Bogotá y río alto Suárez”. Frente a la pregunta: “Señor Francisco, por favor indique al despacho si el contrato de trabajo que usted ejecutó finalizó por la terminación de la labor”, señaló: “No es cierto porque la fase de aprestamiento, el 22 de enero todavía ni siquiera había finalizado”, agrega que le consta que no había finalizado porque él era el encargado de realizar el informe final. Cuando se le pregunta: “Qué conoce usted hasta la fecha del 22 de enero 2016, respecto a lo ocurrido con el contrato 001 2015 celebrado entre Geodim y el consorcio Huitaca, indicó: “Pues lo único que conozco es que llevamos en ese momento un atraso en la fase de aprestamiento porque el informe se deriva de varias categorías de ingeniería y la parte social estaba un poco atrasada, entonces de acuerdo a la parte social, el proceso lleva un atraso en ese momento. Eso es lo único que yo conozco del proyecto hasta la fecha”. Luego aclaró que como no estaba la parte social y él era el que recopilaba la información de los profesionales, entonces estaban atrasados en la entrega del informe. Respecto de la señora Linda Milena manifestó que ella estaba en la parte administrativa del proyecto Huitaca, era a la que solicitaba la compra o cualquier información que necesitaran del proyecto, que fue la que le hizo el contrato y se lo dio para que lo firmara. Finalmente, a la pregunta: “La señora Linda Milena Martínez la Torre le impartía órdenes, instrucciones usted en calidad de ingeniero, consultor de Geodim”, contestó: “No señor, esas funciones me las indicó el ingeniero Milton”.

Analizadas las anteriores pruebas en su totalidad y de manera íntegra, considera la Sala que ningún reproche merece la decisión de la a quo en lo concerniente a que la obra para la cual fue contratado el demandante corresponde a la fijada en el contrato No. 001 de 2015 suscrito entre Geodim SAS y el consorcio Huitaca y no en el contrato No. 1412 de 2014 celebrado entre dicho consorcio y la CAR, pues si bien en la cláusula quinta del contrato de trabajo firmado por el demandante, se indicó que su duración estaba sujeta “al tiempo que dure la realización del Proyecto o la labor contratada, descrita en la cláusula primera de este contrato contado a partir de su firma”, no se puede concluir forzosamente que dicho proyecto fuera el acordado en el contrato No. 1412 de 2014, como lo pretende la parte demandante, porque en la cláusula primera no se refiere a este contrato, sino que es una fórmula genérica, que no hace referencia “a un proyecto o labor contratada”, de forma concreta, clara, unívoca y precisa.

En procura de esclarecer este punto no deja de llamar la atención que el Consorcio Huitaca está integrado por GEODIM S.A.S. como el mismo representante legal aceptó, y por INYPSA Informes Y Proyectos Colombia S.A.S. y Planeación Ecología LTDA, de acuerdo a lo señalado en el contrato No. 1412 de 2014, sin embargo, el contrato de trabajo del demandante se celebró únicamente con GEODIM y no con los demás integrantes del CONSORCIO HUITACA, quienes no fueron demandados en este proceso, pues el demandante reconoce como empleador únicamente a GEODIM S.A.S, por lo que resulta razonable colegir que la obra fuente de la vinculación del actor fue

el contrato que suscribió el consorcio Huitaca directamente con Geodim, como lo indica la parte demandada en su defensa.

Si bien las testigos Angela Andrea Acevedo y Sandra Milena Vargas coincidieron en indicar que el demandante laboró en el contrato No. 1412 de 2014, en sus dichos mostraron poco conocimiento de la situación que rodeó la vinculación del demandante, pues ambas manifestaron desconocer la existencia del contrato No. 001 de 2015 y únicamente hicieron referencia al 1412 de 2014, que era por decirlo de algún modo, el contrato marco; sin embargo, cuando al demandante se le preguntó respecto a lo ocurrido en el contrato No. 001 de 2015, contestó *"Pues lo único que conozco es que llevamos en ese momento un atraso en la fase de aprestamiento (...)"*, sin advertir desconocimiento alguno sobre su existencia, ni negarla; incluso el actor indicó que estaban en un atraso en la fase de aprestamiento y que cuando a él se le terminó el contrato dicha fase no había terminado; también se advierte que la testigo Angela Andrea Acevedo señaló que el contrato No. 1412 de 2014 fue suscrito por el consorcio Huitaca, la CAR y GEODIM, incluso dijo que le consta que esta última también lo suscribió porque ella tuvo vinculación con Geodim, situación que no corresponde a la realidad, porque una cosa es que Geodim sea parte del consorcio Huitaca y otra que haya suscrito directamente el contrato 1412 de 2014, pues como se observa en el ejemplar anexo, el mismo se celebró entre la CAR como contratante y el CONSORCIO HUITACA como contratista y se encuentra firmado únicamente por el director general de la CAR y por el representante legal del CONSORCIO. La testigo Sandra Milena Vargas, incluso, con su propio dicho advirtió que lo único que sabía era que el demandante estaba trabajando en el contrato No. 1412 de 2014 y que le comentó que la vinculación era por un año o año y medio y le habían terminado el contrato de trabajo antes de cumplirse el tiempo estipulado, testigo que no sobra advertir laboró solamente hasta el 28 de diciembre de 2015, es decir, no compartió mucho tiempo con el actor, y no estaba cuando se le dio por terminado el contrato de trabajo. Ante este panorama no es de recibo el argumento de la apoderada del demandante cuando indicó que no se valoró el dicho de las testigos Angela y Sandra, lo que ocurre es que más allá de asegurar que el demandante laboró en el contrato 1412 de 2014, no dieron mayores detalles que llevaran a colegir que fue así. El demandante, en el interrogatorio de parte, reiteró que fue contratado no solo para la fase de aprestamiento, sino hasta finalizar el proyecto, sin embargo, esa manifestación no fue corroborada con el acervo probatorio, pues basta escuchar los dichos de los testigos Juan Carlos Castro y Milton Caballero, que, a diferencia de las otras declarantes, sí dieron a conocer de forma clara y con detalles de lo sucedido alrededor de la contratación del demandante, y es que nadie más adecuado para dar fe de ello

que el señor Milton Caballero, quien fue la persona que en su calidad de gerente de la empresa GEODIM S.A.S contrató al demandante e hizo un recuento de lo que llevó a contratarlo, dejando claro que fue en desarrollo del contrato 001 de 2015 suscrito ente GEODIM S.A.S. y el consorcio HUITANCA, que tenía como finalidad únicamente la terminación de la fase de aprestamiento; y que debido a un atraso que estaban presentando en dicha fase se decidió contratar personal de apoyo administrativo, situación que llevó a contratar al demandante, quien cumplió con el perfil solicitado; manifestaciones que encuentran respaldo probatorio no solo en el contenido del contrato 001 de 2015, sino también en el acta de seguimiento de dicho contrato, realizada el 17 de octubre de 2015, en la que se indicó que había un retraso en las actividades por parte de Geodim S.A.S. y se concluía que se requería personal para apoyo administrativo para la ejecución de la fase de aprestamiento, lo que llevó a que el testigo Milton Caballero realizara una solicitud de personal el 26 de octubre de 2015, resaltando el declarante que las condiciones laborales allí indicadas fueron las mismas que se acordaron en el contrato de trabajo del demandante, en cuanto a cargo, tipo de contrato, salario, siendo un indicio de que se contrató para el desarrollo del contrato 001 de 2015. Asimismo el testigo fue claro al señalar que él mismo le informó al demandante las condiciones del contrato de trabajo y que se le explicó que era para la fase de aprestamiento, lo cual fue confirmado por el mismo demandante en el interrogatorio de parte, pues aceptó que fue el señor Caballero el que le realizó la entrevista para la vinculación laboral, y que le indicó las funciones puntuales que debía ejecutar dentro de la fase de aprestamiento de las cuentas hidrográficas del Río Bogotá y Río Alto Suárez, y que también fue la persona que le señaló las funciones que debía realizar en calidad de ingeniero consultor. El dicho del testigo Caballero fue corroborado por el señor Juan Carlos Castro, quien indicó que el actor participó en el desarrollo de la fase de aprestamiento del contrato de Geodim y Huitaca, incluso manifestó que, si bien él no fue jefe del actor, por la experiencia algunas veces lo asesoró en algunas cosas. Así las cosas, los testigos Castro y Caballero adquirieron de forma directa el conocimiento de los hechos que rodearon la vinculación del demandante, y no solo se corrobora con las documentales aportadas sino que el mismo demandante acepta la existencia del contrato 001 de 2015 y que estuvo en la fase de aprestamiento, manifestando su inconformidad porque cuando se terminó el contrato no había terminado la fase de aprestamiento; lo que lleva a concluir que pese a que la parte actora insista en que el proyecto o la obra para el cual fue contratado fue la señalado en el contrato No. 1412 de 2014, no fue acreditado, contrario a ello, las pruebas apuntan que lo fue en el contrato No. 001 de 2015, el cual únicamente se celebró para adelantar la fase de aprestamiento; sin que el

hecho que la señora Linda Milena Martínez, quien fungió como asistente administrativa de la demandada desde el 21 de abril al 18 de abril de 2015, según certificación expedida por GEODIM (pág. 173) le haya enviado por correo electrónico al demandante copia del acta de inicio del contrato No. 1412 de 2014, sea suficiente para concluir que se contrató para esa obra.

Interesa añadir a lo ya dicho que, aunque las partes no especificaron en el contrato de trabajo que suscribieron, la obra o labor a que se referían, considera la Sala que cuando esa falencia en las estipulaciones se presenta, debe acudirse a las restantes pruebas del proceso para desentrañar la intención y voluntad de las partes, máxime cuando estas aceptan al unísono que la modalidad del contrato fue por duración de la obra o labor determinada. Sin que se pierda de vista que la validez de este tipo de contrato no está sujeta a la formalidad escrita, sino que puede celebrarse de manera verbal, lo que implica que la búsqueda de su alcance verdadero y real puede establecerse con base en lo que señalen las personas que participaron en su configuración y los antecedentes de la contratación, o en general acudiendo a las pruebas del proceso, sin que la ausencia de la precisión requerida en el contrato mismo, impida hacer este ejercicio. Y aquí además de las declaraciones de los señores Caballero y Castro, debe tenerse en cuenta los documentos de solicitud de personal en los que se establecieron las pautas para vincular al demandante y que precisan que es para la fase de aprestamiento, que tienen cierta concordancia cronológica pues el documento es de 26 de octubre de 2015 y la contratación del actor se hizo el 4 de noviembre siguiente; estos documentos, en todo caso, respaldan los relatos de los testigos antes mencionados, en tanto hay coincidencia y convergencia entre unos y otros.

Ahora, frente a la manifestación del demandante en cuanto a que la fase de aprestamiento no había culminado cuando se le dio por terminado el vínculo laboral porque estaba pendiente un informe final y que él era el encargado de hacerlo, se ha de advertir que esta aserción no puede considerarse prueba del proceso pues se trata de afirmaciones en su propio favor, aparte de que quedó en el aire en tanto no se acreditó de forma fehaciente que realmente fue así; contrario a ello, el testigo Milton Caballero fue claro al afirmar que la fase de aprestamiento terminó el 22 de enero de 2016, situación que también indicó el testigo Juan Carlos Castro, y no solo eso, no se puede perder de vista que en el documento denominado “*ANEXO. PLAN DE TRABAJO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO SUSCRITO ENTRE GEODIM SAS Y EL CONSORCIO HUITACA*” se indicó que la **fase aprestamiento** iba desde el 16 de junio de 2015 al 17 de enero de 2016, sin que tenga alguna implicación que conforme el acta de liquidación

de mutuo acuerdo del contrato de consultoría 001 de 2015 el mismo terminó el 31 de marzo de 2016, pues no se puede perder de vista que el objeto del mismo era *"Servicio de actividades correspondientes a la fase de aprestamiento para las cuencas hidrográficas del río Bogotá (Código 2120) y río alto Suarez (Código 2401-01) y demás servicios complementarios"*, y que en el anexo además de la fase de aprestamiento, hace referencia a *ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS* que se realizarían desde el 18 de enero al 29 de febrero de 2016. Y otra etapa denominada *"LIQUIDACIÓN CONTRATO"*, con fecha 31 de marzo de 2016; por tanto, no se podría concluir como bien lo indicó la a quo, que la fase de aprestamiento se terminó hasta el 31 de marzo de 2016, sino que finalizó el 22 de enero de ese año, como lo indicó la demandada, fecha que coincide con la finalización del vínculo laboral del actor; por tanto, se probó la existencia de la causa legal para dar por terminado el vínculo laboral, debiéndose confirmar la sentencia apelada.

Por último, no sobra referirse a lo manifestado por la apoderada de la parte actora en los alegatos de conclusión presentados en esta instancia, en cuanto a que la *"demandada actuó de mala fe al presentar en la audiencia de trámite y juzgamiento una prueba que el demandante no conocía y la a quo la tuvo en cuenta"*, planteamiento que aunque no se formuló al sustentar el recurso, no impide que la Sala se pronuncie, por cuanto el rigor del principio de consonancia no llega hasta el extremo de vedar todo planteamiento adicional que no se haya expuesto al sustentar el recurso, pues en este momento la exposición se limita a esgrimir los estrictamente necesarios, que pueden ser complementados posteriormente en los alegatos, con la introducción de elementos que refuercen la posición del recurrente, que es lo que sucede con la referida observación que hace la abogada impugnante.

Sobre el contexto en que aparece la aludida prueba, se advierte que, en el interrogatorio de parte realizado al representante legal de la demandada, cuando se le preguntó sobre las funciones que cumplía el demandante en el contrato 001 de 2015, el absolvente solicitó se le pusiera de presente la certificación aportada por ellos al expediente, la cual en efecto obra en la pág. 170 PDF 01, y procedió a leer las funciones allí relacionadas. Luego la apoderada del demandante interpeló para que se le indicara el folio en que se encontraba dicha certificación, y si bien la Juez no dice en dónde está, le asegura que, si está en el expediente, a lo que la apoderada indica que *"hay una certificación que dice que fue expedida a solicitud del interesado y una fecha, pero que el demandante nunca la solicitó"*. De la respuesta que hace el representante legal se constata que efectivamente la certificación referida es la que obra en el expediente, allegada con el escrito de contestación, por tanto, no es cierto que se tratara una prueba que no conocía, pues se reitera la misma ya obraba en el expediente cuando se realizó la diligencia de interrogatorio de parte. Ahora,

otra cosa es que dicha certificación fue expedida por la demandada el 14 de junio de 2017, es decir con posterioridad a que se notificara de la presente demanda que lo hizo el 31 de mayo de ese año, lo cual no le resta validez, sin que ello implique que el actor esté de acuerdo con su contenido, porque, se reitera, es un documento expedido y firmado por la demandada, el cual ni siquiera fue mencionado ni tuvo incidencia en el fallo proferido por la a quo.

Así queda resuelto el recurso de apelación.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, teniendo en cuenta que no prosperó el recurso de apelación, fijándose como agencias en derecho la suma de \$500.000.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 29 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de FRANCISCO SNEITHER ARANGO CAÑÓN contra GEODIM S.A.S. Lo anterior, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

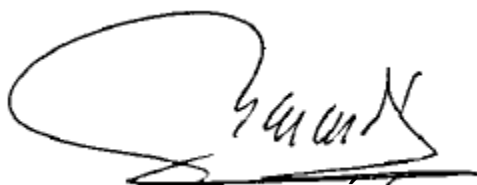
TERCERO: DEVOLVER el expediente digital “*al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes*”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS MANUEL GARCÍA SÁNCHEZ contra DRUMMOND LTD. Radicación No. 11001-31-05-035-**2019-00181**-01.

Bogotá D. C. veintiocho (28) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2020 proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra la empresa Drummond LTD con el objeto que se declare la ineficacia del despido y en ese orden, se disponga su reintegro laboral al cargo que ejercía o a uno de mayor jerarquía, con el consecuente pago de salarios, cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones y prima extralegal de servicios según el artículo 46 de la Convención Colectiva de Trabajo, desde el 7 de julio de 2015 hasta la fecha que se haga efectivo el reintegro, indexación de las sumas reconocidas y las costas procesales.
- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que laboró para la demandada desde el 23 de enero de 2004 hasta el 7 de julio de 2015 y que su último cargo fue el de operador de maquinaria pesada; narra

que la demandada le comunicó que “*daría por terminado su contrato de trabajo a partir del 23 de marzo de 2016 (sic)*”, momento para el cual estaba afiliado al sindicato Sintramienergética y, además, estaba vigente la convención colectiva suscrita entre la empresa y esa organización sindical; indica que la empresa no llevó a cabo el procedimiento previsto en el artículo 6º de la Convención Colectiva 2010-2013, “*en forma previa al despido*”, el cual, “*sanciona con ineficacia el despido de trabajadores que no siga el procedimiento en el (sic) previsto*”; finalmente, señala que su salario para la fecha del despido ascendía a \$3.885.652.

3. La demanda se presentó el 6 de marzo de 2019 (pág. 109 PDF 01), correspondiéndole su reparto al Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., despacho judicial que, mediante auto del 21 del mismo mes y año, la inadmitió, siendo subsanada en tiempo; en dicho escrito, el actor aclaró que el contrato se dio por terminado el 7 de julio de 2015; luego, con proveído de fecha 29 de abril de 2019, se admitió la demanda y se ordenó notificar a la demandada (pág. 115 PDF 01), diligencia que se cumplió el día 1º de noviembre de 2019 (pág. 126 PDF 01).

4. La demandada Drummond LDT, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos aceptó los relacionados con la relación laboral, sus extremos temporales, la comunicación que la demandada le entregó al demandante el 19 de junio de 2015 para terminar su contrato de trabajo, la afiliación al sindicato Sintramienergética, la vigencia de la convención colectiva para el momento del despido y el salario devengado por el trabajador; respecto a los demás hechos, manifestó que el cargo desempeñado por el actor era el de operador de motoniveladora, que el contrato del demandante terminó con justa causa “*debido al reconocimiento de la pensión de invalidez en los términos del numeral 14, del artículo 7º del literal a) del Decreto 2351 de 1965*”, por lo que en ese orden no era procedente efectuar el procedimiento convencional referido en la demanda, ya que ello solo aplica cuando el trabajador incurre en una falta o incumplimiento de sus obligaciones. Propuso en su defensa la excepción previa de prescripción, y las de mérito denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, pago, buena fe y prescripción (pág. 133-144 PDF 01).

5. Con auto del 19 de febrero de 2020 se tuvo por contestada la demanda y se señaló como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del

CPTSS, el 2 de junio de 2020 (pág. 175 PDF 01); diligencia que no se realizó, y mediante proveído del 25 de junio de 2020, se reprogramó para el 30 siguiente (PDF 06), cuando se celebró, y en la misma, el juez de conocimiento evacuó la referida audiencia, resolvió desfavorablemente la excepción previa de prescripción, y una vez agotó el objeto de la diligencia, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento (PDF 10).

6. El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 30 de junio de 2020, absolvió a la demandada de las súplicas de la demanda; declaró probada la excepción denominada inexistencia de la obligación; y condenó en costas al demandante, tasándose las agencias en derecho en \$100.000.

7. Frente a la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, y manifestó que, *“lo primero es que el despacho sostiene que hubo una confusión respecto a una justa causa de despido y una causal objetiva de despido, realmente, cuando nosotros revisamos si el reconocimiento de una pensión es una causal objetiva de despido, tengo que entender qué es una causal objetiva de despido, ¿el simple reconocimiento origina la terminación del vínculo? No; entonces no es una causal objetiva de despido, realmente se configura como una justa causa, de hecho cuando nosotros leemos el código la encontramos en el numeral 14 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo que señala cuáles son las justas causas de despido, y en ese señala el reconocimiento de una pensión, pero es una justa causa de despido, entonces, hay una justa causa de despido aquí en este proceso, sí, eso es lo alegado y eso no va a cambiar la naturaleza de esa causal en este proceso, es una causa que así lo establece nuestro Código Sustantivo de Trabajo y nosotros no podemos desconocer la aplicabilidad de esa norma; ahora bien, si eso es una justa causa de despido, nosotros lo que procede es revisar si le es aplicable o no, la convención colectiva suscrita entre Drummond y Sintramienergética, revisada esa convención, nosotros no nos vamos a extender tanto, porque basta que leamos el título de ese artículo convencional, dice, procedimiento para imposición de sanciones disciplinarias, ok, pero también dice, y para terminaciones de contrato con justa causa legal, tengo un documento de Drummond donde despiden al señor Luis Manuel García Sánchez, diciendo que se le despide por justa causa legal, el reconocimiento de una pensión configura una justa causa legal de despido, y tengo un procedimiento convencional que dice que se aplica ante las terminaciones de contrato con justa causa legal, a mí lo único que me basta en este caso, es acreditar que al demandante le es aplicable la convención colectiva, no si a su trámite o si al proceso de despido le es aplicable no, si él es beneficiario de la convención, acreditado que es miembro del sindicato la convención le es aplicable, si estoy ante una justa causa legal y el procedimiento se prevé para una justa causa legal, el procedimiento debe aplicarse, aquí realmente llamo mucho la atención de las interpretaciones finalistas a favor de la empresa y no las interpretaciones finalistas a*

favor del principio pro homine y respetuoso del debido proceso del trabajador, eso, es que el reconocimiento de una pensión no significa per se una condición para despedir y menos si yo tengo un proceso previo para ello, no, que porque el procedimiento sólo se refiere a faltas, a fallas, en su desarrollo, interesante, quizás no fue debidamente escrito, pero el título realmente no se presta para dudas, y la causa de despido no la podemos modificar con la sentencia ni mucho menos con el trámite, en tal virtud, se ratifica la totalidad de los argumentos expuestos por esta parte demandante, y se reitera, uno, se encuentra acreditada la desvinculación, se encuentra acreditado que fue por justa causa, se encuentra acreditado que hay una convención colectiva que señala el procedimiento para despedir con justa causa, y se encuentra acreditado que no se cumplió por parte de la empresa demandada; en tal virtud, lo que procede en el presente caso es la declaratoria de ineficacia, por esas razones se solicita respetuosamente al honorable tribunal que revoque la decisión tomada en esta oportunidad por el despacho”.

- 8.** Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 1º de octubre de 2020, luego, con auto del 17 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, únicamente la demandada los allegó.

En su escrito, la empresa Drummond LTD solicita se confirme la decisión de primera instancia, pues considera que la finalización del vínculo laboral del actor se dio en legal forma, como quiera que el actor estaba incluido en la nómina de pensionados, según Resolución GNR118380 del 27 de abril de 2015 expedida por Colpensiones, a partir del 1º de mayo de 2015, y de otra parte, se “notificó al demandante la finalización del contrato el 19 de junio de 2015, y terminó el vínculo el 07 de julio de 2015, es decir con 15 días de posterioridad a la fecha de notificación”; reiteró que, “la terminación del contrato de trabajo no obedeció a una falta o incumplimiento por parte del demandante, sino a una de las causales que dan lugar al finecimiento del vínculo sin el pago de la indemnización legal”; agrega que al no tratarse de un incumplimiento la causal de despido, no era posible citar al trabajador a descargos y por ende no aplicaba el artículo 6º convencional, ya que el “reconocimiento de la pensión de invalidez es considerado como una justa causa de terminación del contrato de trabajo, sin que de ninguna manera, pueda considerarse como una infracción objeto de sanción alguna”; finalmente, señala que de acuerdo con la jurisprudencia laboral “el empleador puede finalizar los contratos de trabajo de acuerdo a las causales contempladas en el artículo 62 del C.S.T. pero siempre atendiendo los principios de la motivación de la decisión, la inmediatez y legalidad, así como la

garantía del derecho de defensa y el respeto al procedimiento pactado por las partes”, lo que fue observado por la empresa demandada, como quiera que “La carta de desvinculación dispone que la razón por la cual se finaliza el vínculo fue que el actor accedió a la pensión de invalidez que le reconoció Colpensiones, cumpliendo con la debida motivación”, “Se notificó tan pronto se tuvo conocimiento del reconocimiento de la mesada pensional al actor, la cual además se causa de forma mensual, cumpliendo de esta forma con la inmediatez al tenor de lo establecido en la sentencia SL – 3108 de 2019”, “Se fundó en lo previsto en el numeral 14 del literal a) del artículo 62 del C.S.T., atendiendo el principio de legalidad” y “Se notificó la decisión con 15 días de anterioridad y una vez éste se encontraba percibiendo la mesada pensional, término que se le garantizó para que manifestara cualquier observación que sobre el particular tuviera, cumpliendo en consecuencia, no solo con el debido proceso, sino con el derecho de defensa”.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de interponer y sustentar el recurso antes el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente la existencia de un contrato de trabajo entre las partes intervinientes, sus extremos temporales, del 23 de enero de 2004 al 7 de julio de 2015 y el último salario devengado por el trabajador de \$3.885.652; igualmente, no es objeto de discusión que la finalización del vínculo laboral del demandante se dio por una justa causa, en atención al reconocimiento pensional del que fue objeto por parte de Colpensiones, según Resolución GNR 118380 del 27 de abril de 2015; finalmente, las partes no discuten que el demandante para la fecha de la terminación de su contrato de trabajo estaba afiliado al sindicato Sintramienergética y que por esa razón era beneficiario de la convención colectiva de trabajo vigente para ese momento. Todas estas circunstancias fácticas son aceptadas por ambas partes y, en general, se encuentran acreditadas con las documentales aportadas al expediente.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico por resolver es, analizar si en el caso concreto hay lugar a la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo del demandante, por no haberse seguido previamente el trámite dispuesto en

la convención colectiva de trabajo, en el entendido de que esa norma convencional exige dicho procedimiento cuando se termina el contrato a un trabajador por una justa causa, como aquí ocurrió.

El a quo al proferir su decisión consideró que el procedimiento establecido en la Convención Colectiva de Trabajo, concretamente en su artículo 6º, *“aplica cuando la demandada conozca que algún trabajador subordinado ha incurrido en presunta infracción al reglamento de trabajo vigente o en una causa legal de terminación o suspensión del contrato de trabajo (...), es así que la cláusula convencional es clara al determinar que dicho procedimiento se debe aplicar en caso de que la sanción disciplinaria o la terminación de la relación laboral sea la consecuencia de una eventual infracción del trabajador, lo anterior a efecto de que el colaborador cuente con todas las medidas que garanticen su derecho a la defensa y al debido proceso, sin que el mismo pueda ser extendido a la terminación de la relación laboral por el reconocimiento y pago de una pensión, como quiera que dicha circunstancia fáctica, nótese, no comprende una acción u omisión reprochable y que pueda ser imputada al aquí demandante, en consecuencia, es claro que la disposición en que funda el demandante su pedimento, únicamente se aplica para aquellos casos en que el trabajador se le endilgue una falta; y si el querer de las partes hubiese sido que dicho procedimiento se aplicara a la terminación de la relación laboral por el reconocimiento de una pensión, así debió haber quedado plasmado en la convención colectiva, más cuando el texto en comento no ofrece duda a una interpretación que permita acoger la solicitud de la parte actora, como quiera que lo solicitado por el demandante, en la disposición que de la convención que se invoca es absolutamente clara al determinar que la misma se aplicará como una garantía en la investigación efectuada por la conducta del trabajador, reiterando que sería ilógico citar a un trabajador a diligencia de descargos imputándole como conducta cuestionable el reconocimiento de una prestación económica que legalmente el trabajador ha construido a lo largo de su vida laboral; por lo tanto, no se debe confundir las causales objetivas de terminación del contrato, con las justas causas y con los demás elementos que se señalan en la ley laboral, en armonía con lo dispuesto en la convención colectiva y debe mirarse claramente, aquí hay que aplicar las teorías finalísticas y la finalidad de la convención, en el sentido de aplicar qué era lo que pretendía el artículo sexto y salta a la simple vista que el hecho de un reconocimiento de una pensión no es lo mismo que el haber el trabajador actuado generando una causal que pudiera ser invocada como justa causa por el empleador, eso riñe con el derecho laboral y con el derecho prestacional porque no es una falta ni ninguna conducta ilegal aquella que le hace al trabajador por el esfuerzo realizado durante toda su vida de obtener una pensión, por lo tanto, se debe entender la finalidad de la cláusula 6ª de la convención colectiva que estamos estudiando, atendiendo la causal invocada para dar por terminado la relación laboral, la demandada no tenía por qué acudir entonces a un procedimiento convencional, a efectos de dar por terminado el contrato de trabajo”*.

Lo primero que debe aclarar la Sala es que algunas de las justas causas para dar

por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, establecidas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, son en sí mismas, causales objetivas; no obstante, cada caso debe analizarse de manera particular, y en el presente asunto no hay duda de que la terminación del contrato de trabajo se dio por una justa causa consagrada en el numeral 14 del literal a) del artículo 62 del CST, por “El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa”, lo que se reitera, no es objeto de discusión, por tanto, corresponde a una causal objetiva, la cual, a diferencia de las demás causales (causales 1 a 13), tiene un carácter excepcional, pues habilita la terminación por justa causa sin que el trabajador se encuentre ante el incumplimiento de alguna de sus obligaciones contractuales, claro está, siempre y cuando, el trabajador sea notificado tanto del reconocimiento de la pensión, como de su inclusión en nómina de pensionados, “a fin de que no exista solución de continuidad entre la fecha de su retiro y aquella en la que empieza a percibir la pensión” (Corte Constitucional, sentencia C-1037 de 2003, que declaró exequible el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003); circunstancia que tampoco es objeto de discusión en el caso en estudio.

Ahora, en el caso en concreto, el demandante insiste en que al corresponder a una justa causa y al estar acreditado que el trabajador demandante es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la empresa demandada y el Sindicato Sintramienenergética, la empresa para la terminación del vínculo laboral ha debido adelantar previamente el procedimiento establecido en el artículo 6º de dicho instrumento, pues del “título de ese artículo convencional”, se indica expresamente que tal procedimiento lo es también “para terminaciones de contrato con justa causa legal”, como ocurrió en este asunto, y como la empresa no lo agotó, dicha finalización de contrato deviene en ineficaz, frente a lo cual la demandada insiste que no aplica dicha norma como quiera que no se trata de alguna infracción cometida por el trabajador.

Al respecto, debe partir la Sala por señalar que aunque es cierto que el *título* del citado artículo 6º de la Convención Colectiva, es: “**Procedimiento para imposición de sanciones disciplinarias y terminaciones de contrato de trabajo con justa causa legal**”, no por ello debe entenderse de manera aislada el contenido de esa norma, y para ello conviene precisar el significado de la palabra *título*, en el contexto utilizado, según la definición contenida en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como la “Palabra o frase con que se da a conocer el nombre o asunto de una obra o de cada una de las partes o divisiones de un escrito”, por tanto, el *título* al corresponder al

nombre que se le asigna a un texto para su identificación, no puede desprenderse de su contenido, sino que, por el contrario, debe hacerse una lectura integral. Para tal efecto, y por considerarlo necesario, la Sala transcribe a continuación el citado artículo 6º, así:

“Procedimiento para imposición de sanciones disciplinarias y terminaciones de contrato de trabajo con justa causa legal.- Cuando la empresa DRUMMOND LDT conozca que algún trabajador subordinado ha incurrido en presunta infracción al Reglamento Interno de Trabajo vigente y aprobado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o en una causa legal de terminación o suspensión del contrato de trabajo, efectuará el siguiente procedimiento:

1. Comunicará por escrito la presunta falta imputada al trabajador en un término no mayor a tres (3) días hábiles de oficina, para que se presente a rendir descargos en forma personal. Si el trabajador al cumplirse ese término no se encuentra laborando, el término se correrá al primer día hábil de oficina siguiente a su reintegro.

Si el trabajador es sindicalizado, se enviará copia la comunicación de manera simultánea al sindicato (seccional a la cual se encuentra afiliado), y si es acogido a la convención, se notificará a las seccionales de la sede de trabajo en que labora, entendiéndose que la notificación a una sola de las seccionales es suficiente para darle validez a esta etapa del procedimiento. El sindicato a su elección, escogerá a los dos (2) representantes de la organización sindical que asistirán a la diligencia. El sindicato deberá informar en la copia de la notificación el nombre de las personas que asistirán a los descargos.

En el llamado a descargos se especificará la falta que se imputa al trabajador con una descripción detallada de los hechos basado un reporte del funcionario a cuya solicitud se genera la llamada a descargos, indicando además la hora, fecha y lugar en que se rendirán los mismos, siendo entendido que dichos descargos se efectuarán en horas hábiles de trabajo, siempre y cuando tanto los representantes sindicales como el trabajador en descargos desempeñen funciones en diferentes clases de equipo, excepto en los casos en que los representantes del sindicato sean miembros de la Junta Directiva de las seccionales.

El sindicato o la Empresa podrán requerir en la diligencia, la presencia del funcionario a cuya solicitud se genera la llamada a descargos. Este funcionario deberá asistir a la diligencia de descargos si se encuentra en la sede de trabajo respectiva, de no encontrarse allí, la Empresa designará otro funcionario del mismo Departamento. En el evento en que la presencia del funcionario afecte seriamente la Operación, la Empresa podrá posponer la diligencia de descargos para facilitar su asistencia.

En esta instancia del procedimiento, no se registrará copia del llamado a descargos en la hoja de vida del trabajador.

2. Si el trabajador no se presenta a rendir los descargos sin excusa en la fecha en la cual fue citado, se entenderá que da por aceptada su responsabilidad, y en consecuencia la empresa podrá proceder a tomar la decisión que sea del caso. No obstante, si el trabajador presenta excusa justificada según el procedimiento que tenga establecido la empresa para tal efecto, podrá ser convocado para una nueva fecha.

Si el trabajador se presenta a la hora indicada, y transcurridos 30 minutos después de ese momento la Empresa no ha dado inicio a la diligencia, se entenderá que ha desistido de los cargos formulados.

De igual manera, si los representantes del trabajador no se presentaron a la hora indicada, se dará por iniciada la diligencia sin la presencia de los mismos, salvo en los casos en que ambas directivas no se encuentren laborando, evento en el cual se les dará 30 minutos de espera. si los representantes del sindicato se encontraren laborando al momento de la diligencia, la empresa coordinará los medios necesarios para su asistencia. si la no presencia de los representantes del trabajador obedece a falta de coordinación entre éstos y la empresa, la sesión de descargos podrá ser aplazada por una sola vez, caso en el cual, la empresa fijará la fecha hora y lugar en que se realizará.

De la diligencia de cargos y descargos se levantará acta que será firmada por cada una de las partes, a las cuales se les entregará una copia.

Los resultados de las diligencias de descargos serán comunicados al trabajador dentro de los seis (6) días hábiles de oficina posteriores a la fecha de la diligencia. Si el trabajador al cumplirse ese término no

se encontrara laborando, el término se correrá al primer día hábil de oficina siguiente a su reintegro.

3. *En los casos de suspensión del contrato de trabajo, el trabajador, dentro de los dos (2) días hábiles de oficina, siguientes a la comunicación de la sanción, podrá apelar por escrito, ante el inmediato superior (...), caso en el cual la sanción notificada no se hará efectiva hasta que se resuelva dicha apelación (...).*

4. *Para la aplicación de sanciones disciplinarias se utilizará la siguiente escala de sanciones: Por la primera vez suspensión del contrato de trabajo hasta por 8 días y por segunda vez hasta por 30 días.*

5. *No serán tenidas en cuenta para efectos de la escala de sanciones establecida en este procedimiento, las sanciones consistentes en llamados de atención que hayan cumplido uno (1) o más años de haber sido impuestas, las suspensiones del contrato de trabajo por un término inferior o igual a ocho (8) días, que hayan cumplido cinco (5) o más años de haber sido impuestas, o las sanciones superiores a ocho (8) días que haya cumplido nueve (9) o más años de haber sido impuestas.*

6. *No producirá efecto alguno la sanción o despido que se aplique pretermitiendo el anterior procedimiento.*

Parágrafo: *Se entiende por días hábiles de oficina, los días comprendidos entre Lunes y Viernes, exceptuándose los días festivos nacionales establecidos en la ley”.*

Así las cosas, analizado el anterior artículo es dable concluir que la empresa debe seguir el procedimiento allí consagrado, cuando el trabajador subordinado ha incurrido: 1. En una presunta infracción al reglamento interno de trabajo; o, 2. En una causa legal de terminación o suspensión del contrato de trabajo; y que no produce efecto alguno el despido que se realice pretermitiendo ese procedimiento; por lo que puede entenderse que la aquí demandada debe aplicar estricta y forzosamente dicho procedimiento cuando pretenda invocar, sin distinción alguna, una justa causa legal para dar por terminado un contrato de trabajo, pero es claro que no es dable interpretar que la estipulación se refiere a todas las calificadas en la ley como justas causas para la terminación del contrato, pues si se lee la disposición en su integridad y contexto, observa la Sala que, como bien lo entendió el juez de primera instancia, la misma está concebida para garantizar el debido proceso y derecho de defensa de los trabajadores que han incurrido en una infracción o en un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y que, como consecuencia de ese actuar u omisión reprochable, pueda generar una sanción disciplinaria o el despido del trabajador, pero en ningún modo, para los eventos que se invoque causales como la aquí analizada, vale decir, el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor del trabajador demandante; mírese que allí se habla que en la comunicación o llamamiento a descargos se debe señalar “la presunta falta imputada al trabajador”, lo que es de por sí suficientemente ilustrativo del alcance del precepto extralegal, en cuanto a que el mismo no se refiere en realidad a todas las causas legales sino a aquellas que comportan una trasgresión a las obligaciones o prohibiciones contractuales del trabajador. Nótese, además, que en circunstancias como las ocurridas en el *sub lite* no hay lugar a formular cargos al trabajador por esa presunta falta, no hay de

por medio un reporte de funcionario acerca de la presunta falta, ni hechos que narrar al respecto, y, por ende, no se efectúa un llamado a descargos, ni mucho menos materializar dicha diligencia o atribuirle al trabajador responsabilidad alguna, pues se insiste, no se le endilga al trabajador ninguna falta, de modo que es patente y palmario que el mismo no se concibió para situaciones como la que aquí se analiza.

En este aspecto, la jurisprudencia laboral ha indicado que, cuando el despido se funda en el reconocimiento de la pensión en favor del trabajador, *“se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del empleado, al punto que ni siquiera es susceptible de ser ponderada para otorgarle niveles de gravedad y sobre esa base establecer si se trata de un incumplimiento leve (sancionable) o grave (sancionable o posible de despido). Por lo mismo, al ser un hecho ajeno al comportamiento contractual del trabajador, no es apropiado pensar que puede ser «perdonado, dispensado o condonado»”* (Sentencia CSJ SL3108-2019). Además, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al analizar un caso de iguales situaciones fácticas a las aquí estudiadas, precisamente contra la entidad aquí demandada, señaló lo siguiente:

“Lo expuesto, impone afirmar que el ad quem no erró al concluir que la cláusula extra convencional, no aplicaba a la causal de terminación alegada por la compañía, esto es, el reconocimiento de la pensión de invalidez a cada uno de los demandantes, pues esa razón, no se relaciona con la conducta o comportamiento del asalariado, siendo viable agregar que se trata de una causal objetiva, donde ni siquiera es posible analizarla, a efectos de establecer si se trata de un incumplimiento leve o grave, al insistir, que es ajeno al proceder del trabajador.

Por otro lado, los demás medios de convicción relacionados en la inicial imputación, no muestran una realidad distinta a la percibida por el Juez de la apelación, pues dan cuenta del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, del reconocimiento prestacional y las cartas de despido, sustentadas en este mismo hecho que, como con anterioridad se anotó, no imponían a la accionada a adelantar el procedimiento convencional” (Sentencia CSJ SL2544-2022 del 21 de junio de 2022).

En este orden de ideas, al no ser procedente la aplicación del procedimiento consagrado en el artículo 6º de la Convención Colectiva de Trabajo al aquí demandante, no hay lugar a dejar sin efectos la terminación de su contrato de trabajo, y, por ende, no queda camino diferente a esta Sala que confirmar la decisión del juez de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo del demandante por perder el recurso, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 1 SMLMV.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 30 de junio de 2020 proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de LUIS MANUEL GARCÍA SÁNCHEZ contra DRUMMOND LTD., de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo del demandante, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 1 SMLMV.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital “al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DAVID ARNULFO VEGA RINCÓN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Radicación No. 11001-31-05-005-**2019-00248**-01.

Bogotá D. C. veintiocho (28) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022; emitiéndose la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Se deciden los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes contra la sentencia de fecha 9 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala, y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** El demandante, por intermedio de su curadora Lilia Rincón de Vega, instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones para que se declare que el dictamen realizado por la demandada *"no corresponde a la fecha de estructuración de la enfermedad que ha ocasionado la invalidez a mi mandante"*; se declare la nulidad del dictamen No. 2016134777QQ expedido por Colpensiones; y en ese orden, se tenga que la fecha estructuración de la enfermedad que ocasionó la invalidez del actor, corresponde al 24 de septiembre de 1990, cuando intentó suicidarse, y no el 6 de noviembre de 2007, como lo determinó Colpensiones. En ese sentido, solicita se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes para hijo inválido, a partir del 5 de octubre de 1991, esto es, desde la fecha del fallecimiento de su progenitor, sin prescripción de las mesadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 2530 del Código

Civil; el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y los daños y perjuicios causados.

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que su padre del actor, señor Leonel Arnulfo Vega (q.e.p.d.), convivió con la señora Lilia Rincón de Vega, por más de 29 años, y de esa relación, nacieron 6 hijos: Luz Stela, David Arnulfo, Leonel Andrés, Alexander, John Jairo y Andrea Liliana, todos Vega Rincón; indica que David Arnulfo, presentó problemas mentales desde el año 1989, tal como consta en la historia médica emitida por la Clínica Nuestra Señora de La Paz pues *“intentó suicidarse y presentaba ideas delirantes, obsesiones y demás cuadros psiquiátricos”*; narra que el señor Leonel Arnulfo Vega falleció el 5 de octubre de 1991, razón por la cual la señora Lilia Rincón de Vega solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la que le fue otorgada mediante Resolución GNR 37415 del 3 de febrero de 2016; fecha en la que además, Colpensiones calificó la pérdida de capacidad laboral de David Arnulfo Vega Rincón, en 65%, de origen común, con fecha estructuración 6 de noviembre de 2017 (sic), sin tener en cuenta que los problemas mentales se presentan desde el año 1989; de otro lado, señala que el Juzgado Sexto de Familia del Circuito de Santiago de Cali, mediante sentencia del 20 de febrero de 2017, declaró interdicto a David Arnulfo Vega Rincón, nombrándole como curadora a su progenitora Lilia Rincón de Vega; y en consecuencia, se solicitó a Colpensiones el pago de la pensión de sobrevivientes a favor de David Arnulfo; no obstante, con Resolución SUB 245145 del 31 de octubre de 2017, se negó la prestación económica, con fundamento en que la fecha estructuración de la invalidez era posterior al fallecimiento de su padre, y, aunque interpuso recurso de apelación, dicha decisión fue confirmada mediante Resolución DIR 2 del 2 de enero de 2018.
3. La demanda se presentó el 3 de abril de 2019 (PDF 02), siendo admitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 27 de junio del mismo año (PDF 03).
4. La diligencia de notificación a la demandada Colpensiones y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se realizó el 12 de julio de 2019 (PDF 04).

- 5.** La demandada Colpensiones, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda el 2 de agosto de 2019, con oposición a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de fallecimiento del señor Leonel Arnulfo Vega, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Lilia Rincón de Vega, la fecha de dicho acto administrativo, el contenido de la sentencia emitida en el proceso de interdicción del demandante, la solicitud de la prestación económica a favor del actor y la negativa de la entidad a su reconocimiento; respecto a los demás hechos manifestó no constarles por corresponder a hechos personalísimos del demandante, y aclaró que la fecha de estructuración de invalidez del actor era el 6 de noviembre de 2007. Propuso en su defensa las excepciones de presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia actual de las obligaciones, cobro de lo no debido, buena fe de contenciones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación y la genérica (PDF 05).
- 6.** Con auto del 15 de octubre de 2019 se tuvo por contestada la demanda y se señaló como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 17 de marzo de 2020 (PDF 06); empero, dada la cuarentena generada por la pandemia del COVID-19, no se realizó, y con proveído del 26 de mayo del mismo año se reprogramó para el 24 de junio siguiente (PDF 08), fecha en la que se celebró, y en la misma, se ordenó el dictamen de pérdida de capacidad laboral del demandante ante la junta regional y se fijó el 28 de agosto de 2020 para audiencia de trámite y juzgamiento (PDF 10).
- 7.** Recibido el dictamen No. 80436943 - 8289 del 20 de agosto de 2020 emitido por la Junta Regional de Calificación del Valle del Cauca, el juzgado de conocimiento con auto del 27 de ese mismo mes y año, ordenó correr traslado a las partes y señaló como nueva fecha para audiencia de trámite y juzgamiento, el 9 de octubre de 2020 (PDF 13). Las partes se notificaron de dicho proveído el 14 de septiembre de 2020 (PDF 14), sin que se pronunciaran al respecto.
- 8.** El Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia proferida el 9 de octubre de 2020, dispuso condenar a Colpensiones a reconocer al demandante David Arnulfo Vega Rincón el 50% de la pensión de

sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su progenitor Leonel Arnulfo Vega, a partir del 3 de febrero del 2016, junto con los reajustes legales y mesadas 13 y 14 adicionales; aclaró que la señora Lilia Rincón De Vega continuará percibiendo el 50% de la pensión de sobrevivientes y recibirá el restante 50% como curadora del demandante interdicto o quien funja en tal condición; y que, una vez se extinga el derecho de cualquiera de los beneficiarios, este acrecerá el del otro; de otra parte, autorizó a la demandada para “descontar de la anterior condena el 50% de lo pagado en exceso a la señora LILIA RINCÓN DE VEGA por concepto de pensión de sobrevivientes”; declaró parcialmente probadas las excepciones de inexistencia respecto de los intereses moratorios e inexistencia de la obligación; finalmente, no condenó en costas (PDF 20).

9. Frente a la anterior decisión, los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de apelación, así:

9.1. El apoderado del demandante solicitó que el fallo “*sea adicionado, ordenando el reconocimiento y pago desde la fecha de fallecimiento del señor Vega Leonel Arnulfo, es decir, desde el 5 de octubre de 1991, con fundamento en lo siguiente: Tal y como se encuentra establecido en el artículo 2530 del Código Civil por remisión del 145, no hay lugar a la prescripción de las mesadas pensionales del demandante al ser él mismo una persona incapaz, norma que al respecto manifiesta: “la prescripción se suspende a favor de los incapaces y en general de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría, no se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho mientras dicha imposibilidad subsista”, lo anterior se ratifica de igual forma por la Ley 1306 del 2009, que en su artículo 15 sobre la incapacidad jurídica de los sujetos con discapacidad mental y su incapacidad absoluta para actuar manifestó, capacidad jurídica de los sujetos con discapacidad, quienes padezcan discapacidad mental absoluta son incapaces absolutos, los sujetos con discapacidad mental relativa inhabilitados conforme a esta ley se consideran incapaces relativos, respecto a aquellos actos y negocios sobre los cuales recae inhabilitación, en lo demás estará a la regla general de discapacidad; de igual forma al respecto del tema se encuentra también regulado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 diciembre de 2006 y aprobada por Colombia a través de la Ley 1346 del 2009, la cual hace parte del bloque de constitucionalidad de conformidad con el artículo 93 de la Carta Política, los principios constitucionales que inspiran las herramientas de protección especial a favor de los discapacitados que pueden verse también plasmados en los artículos 1, 2, 13, 47, 54, 68 entre otros, y las leyes 361 de 1997 y 1618 del 2013, teniendo en cuenta todo lo anterior, ante la imposibilidad de actuar de mi mandante por ser una persona incapaz legalmente se hace*

imposible la declaratoria de prescripción de sus derechos fundamentales en este caso a su derecho a la pensión, sobre lo anterior, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia el Consejero Ponente William Hernández Gómez, del 20 de abril de 2017, radicación 5201233100020110061201, donde fue actor el señor Manuel Antonio Auca Díaz, demandado el Departamento de Nariño - Secretaría de Hacienda, manifestó: “operó la prescripción respecto de las mesadas pensionales a quien tiene derecho el señor Manuel Antonio Auca Díaz, teniendo en cuenta la Ley 100 del 93, que no establece en forma expresa el término de prescripción de las mesadas pensionales, en principio en esta materia se regiría por lo dispuesto en los artículos 41 el Decreto 3135 del 68 y 110 del 1848 del 69, que prevén un término trienal, a partir de la fecha de exigibilidad del derecho dejando a salvo la posibilidad de su interrupción por igual período a través del simple reclamo del derecho por medio del escrito ante la entidad obligada, no obstante lo anterior, le asiste razón al demandante cuando afirma que por tratarse de una persona en condición de invalidez, no resultan aplicables las reglas propias de la prescripción extintiva, solución que en criterio de la Sala se funda no solo en lo dispuesto en el artículo 2530 del Código Civil que hace parte del régimen de protección aplicable a las personas en los términos de dicho estatuto y la Ley 1306 del 2009, que sufren alguna discapacidad, sino también en otros instrumentos normativos de naturaleza convencional, constitucional y legal, que propenden por la protección especial de estos sujetos; teniendo en cuenta todo lo anterior, muy respetuosamente solicito se ordene el reconocimiento y pago de la prestación a partir del fallecimiento de su padre”.

9.2. Por su parte, la apoderada de Colpensiones indicó: “Debe dejarse presente que en este asunto no es dable el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes al señor David Arnulfo Vega, toda vez que no se cumplen con los requisitos establecidos por la normatividad, esto es, el Acuerdo 049 de 1990, Decreto 758 de 1990, en su artículo 26, en donde indica que los requisitos sine qua non para reconocer y pagar una prestación de invalidez, la persona debe acreditar la invalidez, en este caso se evidencia que no se acreditó la invalidez, y que el despacho no tuvo en cuenta los dictámenes emitidos por Colpensiones y por la Junta de Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, por lo tanto, la fecha de estructuración emitida tanto como para el dictamen emitido por Colpensiones y el emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, siempre dio una fecha de estructuración posterior al fallecimiento del causante; en ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que la fecha de estructuración fue posterior al fallecimiento del señor Arnulfo Vega, no se puede tener en cuenta que la invalidez fue sobreviniente como lo indica el despacho, ya que existe unos estudios de personas peritas en asuntos médicos, y que debe tenerse en cuenta lo manifestado por la Junta Regional y por Colpensiones, conforme a ello, pues si bien la pérdida de capacidad del demandante fue superior al 50%, no se evidencia que la fecha de estructuración fuese antes del fallecimiento, y por lo tanto, al no tenerse dicho requisito, no se puede determinar que existe una pensión de sobrevivientes para que sea pagada al demandante, ya que no cumple con los requisitos indicados por el Decreto 758 de 1990, normatividad que es

aplicable en ocasión al fallecimiento del causante, en ese orden de ideas, pues se aparta esta apoderada de dicha decisión, toda vez que los argumentos en los cuales se tomó por parte del juez, fue una sentencia de tutela, y las sentencias de tutela son interpartes, y si se debía tomar o se debía apartar de los dictámenes emitidos por las entidades autorizadas para emitir un dictamen de pérdida de capacidad laboral, pues debería hacerlo en aplicación, utilizando como argumento una sentencia SU, en donde se indicara el asunto de la invalidez sobreviniente; por lo tanto, solicito se tenga en cuenta los dictámenes como pruebas allegadas al despacho, y la prueba decretada por el despacho, esto es, el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, dictamen número 804369438289 emitido el 20 de agosto de 2020, en el cual se estructuró una fecha de estructuración para el 10 de enero de 1992, y por lo tanto, al no tener el requisito de invalidez, requisito sine qua non para el reconocimiento de pensión de sobrevivientes, no se puede determinar que al demandante le asista razón y derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, por lo tanto, solicito al Tribunal Superior de Bogotá se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones, revocando la sentencia proferida por el despacho”.

- 10.** Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 7 de diciembre de 2020; luego, con auto del 17 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, únicamente la parte demandada los allegó.

En su escrito, el apoderado sustituto de Colpensiones señala que al demandante no le asiste derecho a la prestación económica pues, de un lado, el dictamen emitido por Colpensiones está conforme a la normatividad vigente, esto es, el Decreto 1507 de 2014, y por tanto, la fecha de estructuración se determina “*en el momento en que la persona evaluada ha alcanzado el 50% de la pérdida de capacidad laboral, y a partir de dicho momento se establece la fecha en que se ha constituido su enfermedad*”, que en el caso lo es, cuando el actor alcanzó el 65% de PCL, valoración realizada el 6 de noviembre de 2017, “*presentando problemas mentales y por lo cual fue declarado interdicto, razón por la cual, se tomó esta fecha como la fecha en que se estructuró la pérdida de capacidad laboral del 65% y sobre la cual es procedente realizar el estudio a la prestación solicitada*”; agrega que actuó de buena fe y conforme a ley; que el demandante no presentó inconformidad contra dicho dictamen, “*Por lo tanto, se tiene entonces que contra el dictamen definitivo no fueron interpuestas las acciones legales procedentes, quedando en firme tal decisión*”; luego, señala que el “*el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Nacional*

de Calificación de Invalidez, es completamente valido, es legal por ajustarse a los preceptos legales del Manual Único de Calificación de Invalidez y fue emitido por entidad competente y el mismo se encuentra ajustado a derecho en cuanto a sus razones de hecho y de derecho que permitieron determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante, su origen y fecha de estructuración, adicionalmente el mismo se encuentra en firme y por ende sólo procede la jurisdicción ordinaria, dejando imposibilitada a mi representada a hacer alguna modificación"; insiste que no es procedente la pensión de sobrevivientes aquí reclamada "ya que la fecha de estructuración de la invalidez es posterior a la muerte del Sr. ARNULFO VEGA LEONEL, la cual fue el 05 de octubre de 1991", y, finalmente, indica que, del artículo 27 del Acuerdo 049 de 2005, "el hijo invalido del pensionado puede ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes al momento en que ocurra el deceso, sin embargo, no basta con solo acreditar una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, ya que es necesario además acreditar la dependencia económica con ocasión de la invalidez que padece, razón por la que, se tienen que acreditar los requisitos de dependencia económica y PCL con anterioridad a la muerte del pensionado. Situaciones que en el caso en concreto no se tienen acreditadas, por cuanto, el actor cuenta con una pérdida de la capacidad laboral del 67% (sic) pero la fecha de estructuración de la enfermedad es del 06 de noviembre de 2007, cuando la muerte de su padre se dio en el año de 1991".

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de interponer y sustentar el recurso antes el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. No obstante, como aquí se condenó a Colpensiones, la Sala estudiará en sede de consulta, todo aquello que le sea desfavorable, de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del CPTSS inciso tercero y en la sentencia STL4255 del 4 de diciembre de 2013, radicación 51237.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son, por el demandante, *i)* Analizar si la prestación económica reconocida por el juez de primera instancia debe ordenarse desde la fecha de fallecimiento del afiliado Leonel Arnulfo Vega, esto, por cuanto en este asunto, dada la incapacidad absoluta del actor, no es posible aplicar la prescripción; y por la entidad demandada, *ii)* Examinar si en el presente caso se cumplen los requisitos establecidos en la norma para el reconocimiento y pago de la pensión de

sobrevivientes a favor del demandante; y en grado jurisdiccional de consulta, determinar si resultan procedentes las condenas impuestas por el juez, y la fecha a partir de la cual debe efectuarse su pago.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente que el demandante David Arnulfo Vega es hijo del señor Leonel Arnulfo Vega (q.e.p.d.), quien falleció el 5 de octubre de 1991; y, con ocasión del fallecimiento del afiliado, Colpensiones mediante Resolución GNR 37415 del 3 de febrero de 2016, reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de su esposa Lilia Rincón de Vega. Además, no es objeto de discusión que Colpensiones calificó la pérdida de capacidad laboral del demandante David Arnulfo Vega Rincón, en 65%, y, estableció como fecha estructuración el 6 de noviembre de 2007, y, aunque el actor solicitó a Colpensiones el reconocimiento del 50% de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de su padre, la entidad negó la prestación por no cumplirse los requisitos de la norma aplicable; igualmente, las partes no discuten que, en el trámite de este proceso, la Junta Regional de Calificación del Valle del Cauca emitió un nuevo dictamen, en el que calificó igualmente en 65% la PCL del actor, y determinó como fecha de estructuración el 10 de enero de 1992. Finalmente, tampoco se discute que el demandante fue declarado interdicto mediante sentencia del 20 de febrero de 2017, emitida por el Juzgado Sexto de Familia del Circuito de Santiago de Cali, y que en esa decisión se nombró como curadora del actor a su progenitora, esto es, la señora Lilia Rincón de Vega, quien hasta la fecha ha percibido el 100% de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su cónyuge Leonel Arnulfo Vega (q.e.p.d.).

Aunado a lo anterior, aquí tampoco se discute que la disposición aplicable al caso concreto es el artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 de 1990, máxime cuando, como lo ha reiterado la jurisprudencia laboral, es la fecha del fallecimiento del causante la que determina la norma aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, hecho que en el presente caso acaeció el 5 de octubre de 1991.

El a quo al proferir su decisión, y frente a los puntos objeto de debate, consideró que no podía aplicarse de manera literal y exegética el artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990 al caso concreto, sino que dadas las particularidades del caso, y en atención a los precedentes jurisprudenciales y al derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, “los

operadores judiciales podemos apartarnos de lo que establezcan los dictámenes, porque entonces, lo contrario sería que el operador se convirtiera en un mero robot aplicando el resultado de un dictamen, sin atender las circunstancias de cada caso concreto, evidentemente el equipo inter disciplinario que valora a una persona en un dictamen de pérdida de capacidad laboral, tiene en cuenta, y su espectro de actuación es la salud del paciente de quien está siendo valorado, pero en el proceso judicial evidentemente se tiene en cuenta diferentes circunstancias y en este caso, como bien lo anota el apoderado la parte actora en sus alegatos, el dictamen si bien, de la Junta Regional del Valle del Cauca, si bien estableció una fecha de estructuración con posterioridad a la muerte del causante Leonel Arnulfo, nótese que el señor Leonel murió el 5 de octubre del 91, y la fecha de estructuración fue 10 de enero del 92, es decir, casi 3 meses de haber fallecido su padre, pero en dicho dictamen nótese, como se advierte que según la historia clínica y como lo leyó el apoderado que el despacho no va a volver a leer esos apartes, la enfermedad mental de David viene incluso años atrás de la fecha de estructuración, nótese que efectivamente se hicieron y se acudió a la especialidad de psiquiatría para valorar al joven desde antes que su padre falleciera, nótese de los episodios que se describen en la historia clínica y en el relato que se hace en dicho dictamen; en tal sentido, en este caso existen evidentemente elementos de juicio que le llevan a demostrar o a concluir el despacho razonablemente, que dada la enfermedad mental que ya venía siendo tratada años atrás, años atrás del 92, era un estado que le imposibilitó a David Vega ingresar al mercado laboral, y por ello y como aquí se decretó de oficio el testimonio del hijo Leonel Vega, indicaba que, siendo hermano menor por 2 años, indicaba los episodios que él recordaba de su niñez, en su adolescencia, cómo su hermano David se flagelaba, se causaba dolor a sí mismo, una persona introvertida, que percibía cómo la familia, sus padres, lo llevaban al médico, al especialista psiquiatría, además este hermano menor acompañó a David y a su madre a las consultas, en tal sentido, nótese que de ahí que pueda darse esa morigeración y ese análisis en el caso concreto, para establecer que para el momento en que el señor Leonel Arnulfo Vega falleció, efectivamente la situación de salud y de enfermedad que padece, que es una enfermedad degenerativa, enfermedad mental de esquizofrenia catatónica, es una enfermedad grave y que es degenerativa; en tal sentido nótese cómo a la fecha de hoy, solo hay una pequeña variación en el porcentaje de pérdida de capacidad, pero el diagnóstico no ha cambiado. Por tal motivo, en aplicación a los precedentes jurisprudenciales es razonable concluir que en este caso particular, el señor David Arnulfo no había ingresado al mercado laboral pero no porque él no quisiera sino por su enfermedad, que ya venía siendo tratada desde años atrás incluso en su adolescencia, juventud y al cumplir los 21 años, cuando estaba en vida su padre, ello indica que efectivamente le asistiría el derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su padre, en virtud de la aplicación de estos precedentes jurisprudenciales y esta argumentación, ah bueno, nótese cómo efectivamente la norma vigente también al fallecimiento, exige el elemento de dependencia económica y la parte actora olvidó por completo y el despacho debió decretar de oficio un testimonio para establecer esa dependencia económica, efectivamente del mismo testigo Leonel Andrés Vega, dio cuenta de cómo, como hermano menor, le consta, dado que es integrante del mismo núcleo familiar, cómo sus padres, más que todo su padre, era quien se encargaba de

suministrar tanto a él como a David y a toda su familia, lo correspondiente a manutención, alimentación, vivienda, vestuario, infortunadamente no pudo suministrar la educación superior, no obstante, manifestó el testigo que su señora madre y curadora del demandante, se dedicó siempre al hogar, notando el despacho espontaneidad de su dicho y notando que evidentemente como fue decretado oficio, no se había dado ningún aviso y que fue de manera espontánea que se practicó ese testimonio, se logra la finalidad de la prueba y es extraer la verdad sobre los hechos". Y frente a la fecha a partir de la cual debía pagarse la prestación, el a quo consideró que si bien "la parte demandante aduce que la prestación debe reconocerse a partir del momento de la estructuración de la invalidez y que frente a los incapaces no corre término prescriptivo sino que hasta el momento en que pueda ejercer sus derechos, de acuerdo a lo establecido en el Código Civil, volvemos a analizar ahora el Acuerdo 049 de 1990 en cuanto a su artículo 26, causación y percepción de la pensión de sobrevivientes, el derecho a la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha de fallecimiento o del pensionado, se aduce entonces la fecha de estructuración y se argumenta que teniendo en cuenta que no pudo ejercer su derecho a reclamar la pensión de invalidez, ese término no transcurre contra él, del señor David Alfonso Vega, con lo que también hay que decir, hay que morigerarlo a la luz del artículo 48 superior también, así como en este caso particular se dijo que una aplicación literal de la norma llevaría a la absolución de Colpensiones, también debe tenerse en cuenta que el artículo 48 Superior y con su Acto Legislativo 01 de 2005, propende por la sostenibilidad del sistema de seguridad social, entonces, no desconoce, así como imagínense el caso de una invalidez que se estructure desde la fecha de nacimiento de una persona, la pregunta será, ¿será que el sistema tiene que reconocer una pensión desde el momento del nacimiento toda vez que la norma es clara y tiene que ser el pago desde la fecha en que se estructura la invalidez?, esa tesis suena un poco desbordada y desproporcionada, como la que aquí se solicita, que se reconozca una prestación desde 1992, es decir, hace casi 30 años, esa interpretación exegética tampoco puede caber a la luz del nuevo sistema de seguridad social establecido en el artículo 48 superior y en esa ocasión de preservar la sostenibilidad del sistema; en tal sentido, considera el despacho que el momento en que se hizo exigible la prestación a favor de don David, fue el momento en que es valorado por primera vez y se le determina una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, y fue el momento en que Colpensiones le realizó el dictamen y le hizo la valoración, eso fue, fecha 3 de febrero de 2016, allí entonces, a pesar de que en este proceso se discutió la fecha estructuración y se varió la fecha de estructuración, considera el despacho que en atención al artículo 48 superior y en una interpretación nuevamente armónica sistemática y no exegética como lo pretende ahora el demandante, en tal sentido, la fecha de exigibilidad de dicha prestación sería el 3 de febrero de 2016, y es a partir de allí que se debería reconocer el derecho pensional a favor del señor David"; de otro lado, indicó que en este caso, en tratándose de temas de la seguridad social, no aplica el artículo 2530 del CC, según lo dicho por el Consejo de Estado "toda vez que no se discute que el derecho a la pensión es un derecho imprescriptible y lo que se va perdiendo son entonces las mesadas como tal, no reclamadas en su debido tiempo"; y

como argumento adicional, indicó que, *“la interdicción de David se realizó solo hasta 2017, en tal sentido a partir de allí si se quiere, se podía reclamar sus derechos”*. Finalmente, aclaró que, no es que Colpensiones deba asumir nuevamente las mesadas pensionales, pues hasta la fecha las ha recibido en un 100% la progenitora del actor, y ahora debe ser distribuida para ella y el demandante, en un 50% para cada uno, no obstante, como quiera que ella es la curadora del actor, de ahora en adelante *“la percibirá tanto como titular del derecho como curadora de David”*, *“la única diferencia en este caso es que la prestación debe ser redistribuida, pero finalmente quien la va seguir recibiendo es la señora Lilia, como madre y curadora”*, *“en ese sentido, considera el despacho que lo más razonable y proporcional, es que si bien el reconocimiento de la pensión o del 50% a favor de David desde el 03 de febrero de 2016, (...) como se ha venido reconociendo el 100%, simplemente se autorizará a Colpensiones a descontar ese 50% pagado en exceso a la señora Lilia”*. *“La proporción del 50% evidentemente pues deberá reconocerse con los reajustes legales, mesadas 13 y 14 adicionales, dada la fecha de estructuración, allí sí de la invalidez de David, dado que es anterior al Acto Legislativo 01 de 2005, y, por ende, entonces, procederá la condena en estos términos”*.

Por razones de método y orden lógico, se resolverá inicialmente el recurso de apelación propuesto por Colpensiones, que busca la revocatoria de la decisión de primera instancia, pues de salir avante, sería innecesario el estudio del recurso presentado por la parte demandante.

El artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, consagra que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por riesgo común, entre otros, *“Los hijos legítimos, naturales y adoptivos menores de 18 años, los inválidos de cualquier edad, los incapacitados por razón de sus estudios, siempre que dependan económicamente del asegurado y mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez y los estudiantes aprueben el respectivo período escolar y no cambien o inicien nueva carrera o profesión por razones distintas de salud. La invalidez será calificada por los médicos laborales del Instituto”*; por lo que, en ese sentido, en tratándose de hijos inválidos de cualquier edad, debe acreditarse dicha condición de invalidez para la fecha de la causación del derecho, esto es, para la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado, y demostrar la dependencia económica respecto del causante.

Así las cosas, como bien lo dice la demandada Colpensiones, en estricto sentido, el demandante no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes aquí reclamada, pues como quedó acreditado, para la fecha de fallecimiento de su progenitor Leonel Arnulfo Vega (q.e.p.d.), no había sido declarado inválido por parte de la entidad competente, por lo que, en principio, le

asistiría razón a dicha entidad.

No obstante, como bien lo dijo el juez de primera instancia, los jueces laborales no están sometidos a la tarifa legal de prueba y, por el contrario, gozan de libertad probatoria según lo establece el artículo 61 del CPTSS y, por ende, los conceptos emitidos por las autoridades competentes para establecer entre otras circunstancias, la pérdida de la capacidad laboral, origen y/o la fecha de estructuración del evento, si bien tienen una importancia manifiesta por su carácter técnico-científico, constituyen un medio de convicción más en el proceso y, en esa medida, no son prueba solemne y su contenido no es inexorable e intangible, siendo susceptibles de ser desvirtuadas, por tanto, el juez del trabajo cuenta con amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, por lo que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones (Sentencia CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 29622, reiterada entre otras, en sentencias SL16374-2015, SL2496-2018, CSJ SL4297-2021, SL513-2021, SL1490-2022 y SL741-2022).

Además, dicha Corporación, en sentencia SL1171 del 28 de marzo de 2022, aplicable al caso concreto, agregó que *“La libertad probatoria con respecto a la invalidez resulta de especial importancia, teniendo en cuenta las limitaciones inherentes del dictamen de calificación de invalidez frente a circunstancias particulares, tales como la presencia de enfermedades progresivas o degenerativas, de manera que la fecha de pérdida de capacidad laboral fijada por el dictamen no corresponde siempre a la realidad de la situación de la persona”* (Subrayado no es del original).

En este orden de ideas, debe analizar la Sala si, con las pruebas aportadas al plenario, es posible establecer de manera razonable, que la fecha de la estructuración de la invalidez del demandante es anterior a las determinadas en los dictámenes practicados al actor, concretamente, antes del fallecimiento de su padre Leonel Arnulfo Vega, hecho que ocurrió el 5 de octubre de 1991.

Para resolver las anteriores inquietudes, obra dentro del plenario la siguiente prueba documental:

Copia de la cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento del demandante, que dan cuenta que el demandante nació el 26 de febrero de 1970, por lo que a la fecha del fallecimiento de su padre, tenía 21 años de edad; además, el referido

registro civil contiene nota marginal que indica que, mediante sentencia del 20 de febrero de 2017, el Juzgado Sexto de Familia de Santiago de Cali declaró *"en interdicción judicial definitiva por discapacidad mental"* al actor; igualmente reposa acta de la audiencia celebrada por ese juzgado dicho día, que ratifica tal declaración de interdicción judicial definitiva, agregando que el interdicto no tiene la libre administración de sus bienes (pág. 44 a 53 PDF 01).

Dictamen emitido por Colpensiones el 3 de febrero de 2016, en el que se califican las patologías del demandante David Arnulfo Vega Rincón, denominadas: *"ESQUIZOFRENIA RESIDUAL"* y *"ESQUIZOFRENIA CATATONICA"*, correspondientes a trastornos mentales y del comportamiento, con 65% de PCL, de origen común y fecha de estructuración el 6 de noviembre de 2007; además, como sustentación de esa pericia, se indica que se tomó en cuenta la historia clínica expedida por el Hospital Psiquiátrico del Valle, que da cuenta que es *"CONOCIDO EN LA INSTITUCIÓN DX DE ESQUIZOFRENIA DESDE HACE 22 AÑOS"* (consulta del 19 de noviembre de 2012), con hospitalización por esquizofrenia catatónica *"DESDE OCT 2007 DONDE ESTUVO HOSPITALIZADO POR 2 MESES"* (consulta 24 de noviembre 2014), y *"HOSPITALIZACIÓN # 2 (...) PACIENTE CONOCIDO EN LA INSTITUCIÓN CON HOSPITALIZACIÓN PREVIA DE OCT 8/07 A OCTUBRE 19/07 CON DX DE ESQUIZOFRENIA CATATÓNICA ..."* (consulta del 6 de noviembre de 2007); además, se señala que *"NO HA LABORADO, PACIENTE CON HISTORIA DE PATOLOGÍA MENTAL DE LARGA DATA SEGÚN REFIERE LA MADRE DESDE EL BACHILLERATO, PRESENTABA CAMBIOS DE COMPORTAMIENTO, AISLAMIENTO, NO RENDÍA"*; y concluye que el tipo de enfermedad calificada es degenerativa y de alto costo catastrófica (pág. 13-16 PDF 01).

Dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle Del Cauca, de fecha 20 de agosto de 2020, en el que se califican las patologías de *"ESQUIZOFRENIA INDIFERENCIADA"*, y *"TRASTORNO OBSESIVO COMPULSIVO NO ESPECIFICADO"*, de origen común, se determina la PCL en 65%, y fecha de estructuración el 10 de enero de 1992, data que se determinó porque *"Revisado el expediente se encuentra historia clínica de 24/09/1991 en hospitalización donde se hace impresión diagnóstica de cuadro psicótico, no se tiene diagnóstico claro ni alcance de mejoría medica máxima. Nueva consulta por hospitalización el 10/01/1992 por diagnóstico de psicosis esquizofrénica tipo Hebe frénico y se observa deterioro de la conducta juicio y raciocinio comprometidos con conciencia de síntomas de enfermedad mental, teniendo en cuenta la historia natural de la enfermedad se podría pensar que en esta fecha ya se tiene el diagnóstico claro y tiempo de tratamiento que permite inferir la gravedad de la enfermedad mental"* (PDF 12). Además, en esa pericia se hace un resumen de la información contenida en la historia médica, y se menciona, de manera relevante que, *"Historia clínica 24/09/1991: "EA: Comienza hace dos meses con*

obsesiones, ideas delirantes de influencia, negativismo, aislamiento irritabilidad, pérdida del control de esfínteres, comportamiento bizarro, no refiere otros signos ni síntomas. Desde hace dos años viene presentando episodios similares, en esa época estuvo en tratamiento ambulatorio por la beneficencia de C /marca durante dos meses, posteriormente, en tratamiento homeopático durante un año. esta es la primera hospitalización en una institución psiquiátrica. toma vitaminas y sinogan x 25 mg, una tableta en la noche, además un sedante en jarabe, todo formulado por médico particular desde hace 20 días...Impresión diagnóstica: cuadro psicótico.” “Historia clínica 10/01/1992: “MOTIVO DE CONSULTA: Ansiedad, obsesiones. ENFERMEDAD ACTUAL. Paciente con historia de enfermedad mental de cinco años de evolución caracterizada en un inicio por aislamiento marcado, ansiedad constante creciente, ideación delirante bizarra, conductas bizarras, con deterioro importante en sus relaciones interpersonales, y en su labor escolar. Posteriormente presenta conductas de autoagresión, ideas de muerte, gestos suicidas, ideación delirante reiterativa relacionada con el tacto y la piel, permanecer desnudo, no soporta la ropa, se toca y toca continuamente a sí mismo y los objetos a su alrededor, por lo cual es hospitalizado, con resolución parcial de la sintomatología. Refiere la madre que hace 4 meses presenta, además de la sintomatología antes mencionada, conductas regresivas marcadas, balanceo, chupeteo, coprofagia, aumento de la ideación delirante relacionada con el tacto y su piel, motivo por el cual es hospitalizado nuevamente, donde permaneció a lo largo de 1 mes, durante esta hospitalización muere su padre, 2 semanas después el paciente es dado de alta, con remisión parcial de su sintomatología, pero persiste la ideación delirante, antes descrita, además de ideación delirante megalomaniaca, vivenciada egodistonicamente y marcada referencialidad hacia propios y extraños” (...) diagnóstico de psicosis esquizofrénica tipo Hebe frénico.” “Historia clínica 03/09/1993: “Hospitalización ingreso 04/07/1993-salida 03/09/1993. (...) Dx: Neurosis obsesivo-compulsivo-grave...EM: Descuido en su presentación, alerta, orientado en las tres esferas, lenguaje adecuado, afecto ansiosos, insomnio, memoria conservada, inteligencia impresiona promedio, no hay alucinaciones, pensamiento lógico, ideas y actos obsesivos y compulsivos, repetitivos, egodistónicos, imprecisos irresistibles, no puede sentarse durante la entrevista, movimientos y posturas variadas repetitivas, introspección presente, oro percepción desviada, juicio y raciocinio conservados, acepta hospitalización. no hay una idea o prevalente con el paso de los días van cambiando, o cambia por horas. Dx: Trastorno obsesivo compulsivo.”

Finalmente, el testigo Leonel Andrés Vega, hermano del actor, dice que nació el 16 de septiembre de 1972, por lo que es 2 años menor a este; explica que su hermano David Arnulfo nunca ha laborado pues “desde muy pequeño empezó a desarrollar su problema de esquizofrenia y él nunca laboró, él tuvo su escolaridad, alcanzó a hacer sus estudios de bachillerato pero enfermo, y él nunca laboró”, cuando se le indagó si antes de enero de 1992 David ya venía con el inconveniente de salud, contestó “claro, él empezó desde muy pequeño con el problema psiquiátrico, recuerdo yo desde mi niñez, más o menos los 12 o 13 años, él ya tenía síntomas de la enfermedad, era una persona demasiado introvertida, callada, empezaba a hacerse autolesiones, fue cuando mi madre empezó a buscar ayuda junto con mi padre, encontraban tratamientos, en algún momento contratando los servicios de un médico

particular, al principio, mi mamá estuvo haciendo gestiones con la beneficencia de Cundinamarca en esa época, y fueron los primeros tratamientos que se le empezaron a suministrar a primera edad"; agrega que él (el testigo), tenía más o menos 10 años cuando comenzó a percibir esos comportamientos de David, que era "muy introvertido, muy callado, se comenzaba como auto agredir en sus brazos en sus piernas, se lastimaba, a veces no quería comer, en una ocasión me acuerdo que estábamos todos sentados en la mesa, yo era muy pequeño, y él tiraba la comida de todos, entonces eran reacciones que nos dejaban estupefactos porque no sabíamos el por qué él reaccionaba de esa manera, entonces son cosas que me marcaron desde ese tiempo cuando yo ya tenía uso de razón"; aclaró que si bien David terminó el bachillerato, "en esa época se implementó por parte del gobierno el bachillerato por radio, y entonces él comenzó a validar su bachillerato de esa manera, y entonces así fue como como terminó", y que lo hizo como a los 17 años más o menos, y "desde ahí ya las cosas empeoraron a tal grado que pues no solamente en el sentido económico sino también la salud de David se deterioró a tal punto que desde entonces solamente nos centramos en buscar ayuda para él"; finalmente, menciona que "como yo era el que le seguía a mi hermano, entonces apoyaba mucho a mi madre porque mi padre a veces tenía que trabajar entonces yo acompañaba a ella a las consultas médicas, para darle atención a David", que "en primera instancia mi madre acudió a médicos particulares referenciados, que eran profesionales en la homeopatía y pues luego fue cuando empezó a hacer las gestiones en la beneficencia Cundinamarca para el tema psiquiátrico". De otro lado, narró que era su padre el que suministraba el dinero para la manutención de toda su familia, incluido su hermano David Arnulfo, pues era el único que salía a trabajar y la madre, por su parte, se dedicaba al hogar; incluso, era su padre el que le cubría los gastos médicos de su hermano aquí demandante.

Analizadas las anteriores pruebas en su conjunto, y de manera integral, considera la Sala que le asiste razón al juez de primera instancia pues, en efecto de la información contenida en la historia médica del demandante, y que fue incluida en el dictamen pericial efectuado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, se advierte, sin duda alguna, que las enfermedades del actor, relacionadas con problemas mentales e esquizofrenia y que generaron su invalidez, las padecía con anterioridad al fallecimiento de su progenitor Leonel Arnulfo Vega, incluso, desde su niñez, como bien lo ratifica su hermano Leonel Andrés Vega en el testimonio que rindió ante el juzgado; además, dichas patologías desde esa época, ya incapacitaban mentalmente al demandante, por lo que es dable concluir que esa condición de inválido la ostentaba desde antes de fallecer su padre.

Es cierto que el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca señala que la fecha de estructuración de las

patologías de “ESQUIZOFRENIA INDIFERENCIADA” y “TRASTORNO OBSESIVO COMPULSIVO NO ESPECIFICADO”, data del 10 de enero de 1992, porque en la consulta médica de ese día se diagnosticó psicosis esquizofrénica tipo Hebe frénico y se observó deterioro de la conducta juicio y raciocinio con síntomas de enfermedad mental, y que, a juicio de la junta, se **podría** pensar que en esta fecha ya se tenía un diagnóstico claro y tiempo de tratamiento, lo que permitía inferir la gravedad de la enfermedad mental; sin embargo, tal pericia también señala de manera clara que ya desde el 24 de septiembre de 1991, el demandante había sido hospitalizado por un “*cuadro psicótico*”, incluso indica que dos meses atrás a esa data (julio de 1991), el actor venía padeciendo de obsesiones, ideas delirantes de influencia, negativismo, aislamiento irritabilidad, incluso pérdida del control de esfínteres y comportamiento bizarro; y que dos años antes (septiembre de 1989) venía presentando **episodios similares**, por lo que requirió tratamiento ambulatorio por parte de la beneficencia de Cundinamarca, tratamiento que duró dos meses, y posteriormente, estuvo en tratamiento homeopático por un año, siendo esa la **primera hospitalización en una institución psiquiátrica**; ahora, en la citada consulta médica del 10 de enero de 1992, se menciona que, el demandante tenía “*historia de enfermedad mental de cinco años de evolución*” (Subraya la Sala), es decir, desde el año 1987, y que se caracterizó desde un aislamiento marcado, deterioro importante en sus relaciones interpersonales y en su labor escolar, hasta conductas de autoagresión, ideas de muerte, gestos suicidas; y en esa consulta médica, se dejó constancia que además de estos síntomas, desde hace 4 meses, vale decir, desde septiembre de 1991, el demandante venía sufriendo de **conductas regresivas marcadas**, como balanceo, chupeteo, coprofagia y aumento de la ideación delirante relacionada con el tacto y su piel, por lo que requirió hospitalización por un mes, y fue en ese preciso momento, cuando “*muere su padre*”; por tanto, de esta historia médica puede concluirse de manera razonada, que, por lo menos desde la cita médica del 24 de septiembre de 1991, el demandante presentaba igual sintomatología que se puso de presente en la consulta médica del 10 de enero de 1992, y que daban cuenta de la gravedad de la enfermedad mental que tenía, pues se reitera, para esa data, 24 de septiembre de 1991, no controlaba esfínteres, se autoagredía, tenía conductas regresivas muy marcadas, como balanceo, chupeteo y coprofagia, con lo que, considera la Sala, era palmario el deterioro de la conducta juicio y raciocinio para ese momento, e, incluso, requirió hospitalización por la gravedad de los síntomas, por ende, ya desde esa data se podía tener un diagnóstico claro de su enfermedad mental, máxime cuando, tales padecimientos los presentaba desde

años atrás, como se desprende de la historia médica y del testimonio de Leonel Arnulfo Vega.

Además, resulta claro que el demandante para las fechas antes indicadas, a pesar de estar en edad económicamente activa, pues para 1991 ya tenía 21 años de edad, lo cierto es que dadas sus patologías, no podía laborar; es más, a la fecha nunca ha laborado como bien se consigna en el dictamen de la junta regional, y lo ratifica el testigo que declaró en juicio, y es por esa razón que puede concluirse que la pérdida de capacidad laboral del actor, determinada por la autoridad competente, la presentaba desde esa época.

En este punto, conviene precisar que el artículo 3º del Decreto 1507 de 2014, vigente a la fecha de la calificación del actor, según lo dispone el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, define como fecha de estructuración lo siguiente:

“Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.

Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral”.

Así las cosas, conforme al contenido de la historia médica y la norma antes transcrita, se puede colegir razonablemente que la fecha de la estructuración de la invalidez del demandante se dio el 24 de septiembre de 1991, pues esa data se soporta en la historia clínica como la fecha en la cual el actor había perdido su capacidad laboral y ocupacional, en atención a las enfermedades de esquizofrenia indiferenciada y trastorno obsesivo compulsivo; más aún para ese momento ya habían evolucionado las secuelas de esas enfermedades, cuyos síntomas los venía padeciendo desde el año 1987, como se concluye de la historia clínica; además, esa fecha está contenida en el dictamen de la junta de

calificación y no está sujeta a alguna actividad laboral del demandante o a cotizaciones a la seguridad social, pues en este aspecto, se reitera, las enfermedades del demandante le impidieron laborar durante toda su vida.

En este punto, conviene agregar que el juez de primera instancia, para proferir su decisión, no solamente tuvo en cuenta una sentencia de tutela, como lo indicó Colpensiones en su recurso, sino también, sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, las cuales resultan perfectamente aplicables al caso concreto, no solo por ser proferidas por el máximo órgano de la justicia ordinaria laboral sino, también, porque corresponde a las situaciones ventiladas en el sub lite, como lo fueron, las sentencias con *"radicación 29622 del octubre 19 de 2006, radicación 32617 de septiembre 23 de 2008, o la 53986 de noviembre 4 de 2015"*, en las que *"ha señalado que los jueces los operadores judiciales podemos apartarnos de lo que establezcan los dictámenes"*, y la sentencia con radicación 31882 del 15 de mayo de 2008, en el que la Corte conoció el caso de un hijo de un pensionado, al que inicialmente le fue concedida la pensión de sobrevivientes por ser menor de edad y mientras estuviera estudiando, pero luego de su mayoría de edad, le sobrevino una invalidez sobreviniente, y por ende quedó imposibilitado para trabajar, y por esa razón, y dado el objetivo protector de la sustitución pensional, consideró que el hijo tenía derecho a continuar recibiendo la prestación económica, ahora, por su estado de invalidez.

Además, debe agregarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso con similares circunstancias fácticas al aquí analizado, en el que el padre de la hija inválida falleció el 8 de agosto de 1981 (en el caso siendo pensionado), la pensión se sustituyó el 15 de mayo de 1984 a su cónyuge supérstite y a sus hijos menores de edad; luego, la demandante (hija) fue calificada el 20 de noviembre de 2009, con una pérdida de capacidad laboral del 51,20%, por una enfermedad mental denominada trastorno esquizoafectivo asociado a retardo mental leve, y se determinó como fecha de estructuración el 13 de julio de 1982, esto es, con posterioridad al fallecimiento del padre, la Corte, luego de señalar que en materia de la calificación de la invalidez para efectos de la obtención de una prestación como la pensión de invalidez o de sobrevivientes, *"el dictamen de calificación de invalidez, pese a su valor probatorio prima facie, no constituye una prueba solemne para acreditar la pérdida de capacidad laboral"*, y por ende, era viable constatar la pérdida de capacidad laboral por otros medios probatorios, como quiera que el dictamen no constituye un concepto definitivo e inmutable que no admita prueba en contrario, y una vez analizadas las pruebas

del expediente, consideró lo siguiente:

“De lo anterior, se desprende que la condición mental de la recurrente -que constituye la fuente de su discapacidad-, ha existido desde el nacimiento y durante toda su vida, de manera que no se está en presencia de una enfermedad que se supedita exclusivamente a la promulgación del dictamen de la junta de calificación de invalidez ni depende de la fecha de inicio que el dictamen establezca.

Ciertamente, la naturaleza de la condición de la demandante, así como el impacto que este ha tenido en su diario vivir, demuestra que existía desde antes de 1982, año en el que la demandante fue ingresada al Hospital Mental de Medellín y según el que comenzó a ostentar la calidad de inválida, de modo que no es cercano a la realidad estimar que, al momento del deceso de su padre, no cumplía con los requisitos exigidos por la norma aplicable.

Se insiste en que, todas las circunstancias relativas al diagnóstico de la demandante -el momento en que inició, su gravedad, las limitaciones que esta implicaba-, constituyen hechos que no fueron discutidos por las partes y que el Tribunal dio por acreditado.

De aquí, que el hecho de que se contara con un panorama probatorio robusto relativo a la invalidez de la demandante anterior a la muerte del causante y no la hubiera considerado acreditada, por el solo hecho de que la fecha de estructuración fijada por el dictamen era posterior al fallecimiento, constituye un error de hecho manifiesto por parte del fallador.

Para la Sala, es preciso reiterar que la constatación de la pérdida de capacidad laboral, en lo que se refiere a su fecha de estructuración y porcentaje, es posible a través de otros medios probatorios distintos al dictamen de calificación de invalidez, como quiera que este no constituye prueba ad substantiam actus.

En esa medida, no puede el Tribunal desconocer los hechos tenidos como ciertos y no discutidos en el proceso, que conducirían al otorgamiento de la prestación, únicamente por el contenido de un medio probatorio que, se insiste, no es solemne ni el único medio exigido por la ley para acreditar la pérdida de capacidad laboral.

La valoración preferente del dictamen de calificación de invalidez y el desconocimiento de las pruebas que acreditan con certeza la gravedad y período del padecimiento de la demandante constituye, de esta forma, una transgresión del principio de unidad de la prueba, teniendo en cuenta que todas las que obran en el proceso conforman una sola y deben, por consiguiente, ser analizadas en su conjunto.

De aquí, que el Tribunal se equivoca al desconocer el verdadero inicio de la pérdida de capacidad laboral de la demandante, anterior al deceso del padre, cuando esta se encontraba acreditada, tenida como cierta y no discutida en el proceso, de tal suerte que el recurso extraordinario se encuentra fundado en ese respecto.

(...)

Así las cosas, encuentra la Sala que a la recurrente debió otorgársele la pensión, por cumplir los requisitos que la norma preceptúa, teniendo en cuenta que la invalidez no fue posterior al deceso del causante, lo que hace presumir la dependencia económica de ella respecto de su padre fallecido.” (sentencia CSJ SL1171-2022).

Conforme lo anterior, resulta plausible la decisión del juez de primera instancia, pues se insiste, en el presente asunto es dable colegir que la invalidez del

demandante es un hecho que se configuró antes del fallecimiento de su progenitor y por ende la fecha de estructuración de la invalidez del actor se dio en fecha anterior a la declarada en el dictamen emitido por la junta regional de calificación.

Así las cosas, considera la Sala que los requisitos establecidos en el artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, se encuentran satisfechos, pues si bien en este caso también se exige la acreditación de la dependencia económica del hijo inválido respecto del causante, debe decirse que ello también se encuentra probado, no solo porque así se desprende de manera diáfana del testimonio rendido por el señor Leonel Andrés Vega, quien ilustró de manera clara que era su padre el que proveía del sustento económico al núcleo familiar, incluido el aquí demandante, quien dicho sea de paso, nunca trabajó por su condición de salud, sino porque en este aspecto, es la misma jurisprudencia laboral que ha determinado que los hijos del causante, dada su condición de inválidos, se presumen dependientes económicos respecto de sus padres, tal como lo indicó en la referida sentencia.

Por lo anterior, no queda camino diferente que confirmar la sentencia de primera instancia en este aspecto, máxime cuando dicha prestación debe ordenarse junto con los reajustes legales y el pago de las mesadas 13 y 14 adicionales, como quiera que la prestación económica aquí reconocida se causó antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005; todo ello conforme lo señala el inciso 8º del artículo 1º y, además, la misma asciende a un salario mínimo legal mensual vigente.

Ahora, en cuanto al recurso de apelación presentado por el demandante, en cuanto a que la referida pensión debe reconocerse y pagarse desde la fecha de su causación, esto es, desde el 5 de octubre de 1991, a su entender, porque no es posible aplicar la prescripción de las mesadas pensionales dada la condición de discapacidad del demandante, como bien lo dispone el artículo 2530 del C.C.; debe decirse que en una cosa le asiste razón, y es que en este caso no es posible aplicar la prescripción de las mesadas pensionales, pero no por los argumentos expuestos en su recurso, sino porque simplemente, la excepción de prescripción no fue propuesta por la entidad demandada, y en ese orden, el juez no debió pronunciarse al respecto, ya que es sabido que dicha excepción debe ser alegada de manera expresa por la parte demandada y no puede ser decretada de oficio por el juez por prohibición expresa del artículo 282 del CGP, como lo ha precisado en múltiples oportunidades la Corte Suprema de Justicia, Sala de

Casación Laboral, Corporación que ha concluido que *«la prescripción es renunciable, susceptible de interrupción o suspensión y solo será objeto de pronunciamiento judicial cuando se proponga como excepción»* (sentencia CSJ SL15594-2016, reiterada entre otras, en sentencias CSJ SL4767-2018 y SL1813-2020).

No obstante, a pesar de que el juez se refirió a dicha excepción de prescripción, lo cierto es que no fue esa la razón por la cual consideró que la pensión del actor debía ordenarse desde el 3 de febrero de 2016, sino porque consideró que ese era *“el momento en que se hizo exigible la prestación a favor de don David, fue el momento en que es valorado por primera vez y se le determina una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, y fue el momento en que Colpensiones le realizó el dictamen y le hizo la valoración”*; por tanto, pasa la Sala a analizar el punto, de un lado, porque si bien el apoderado del demandante sustentó su recurso desde la tesis de no configuración de la prescripción, de todas formas, lo que en el fondo controvierte es que la prestación económica no se haya ordenado desde el fallecimiento del progenitor del actor, y de otra parte, por la necesidad de revisar en grado jurisdiccional de consulta la condena impuesta a la entidad de seguridad social demandada.

Al respecto, es cierto que el artículo 26 del Acuerdo 049 de 1990 señala que el derecho a la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en ese reglamento, y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o del pensionado, por lo que, en principio, la prestación del demandante debería reconocerse desde esa data, máxime cuando, para ese momento ya era inválido, como ampliamente se expuso con anterioridad.

No obstante, debe precisarse que, en los términos del artículo 27 ibídem, antes referido, para acceder a la pensión de sobrevivientes, en tratándose de los hijos inválidos de cualquier edad, se requiere lógicamente, que el beneficiario sea declarado inválido, y según la norma, dicha invalidez debe ser calificada por los médicos laborales del Instituto, hoy Colpensiones, entidad que en el presente caso, declaró dicha invalidez mediante dictamen del 3 de febrero de 2016; por tanto, siguiendo la amplia jurisprudencia laboral relativa a la fecha a partir de la cual se hace exigible la prestación económica causada por una invalidez, se tiene que, efectivamente, la misma es exigible a partir de la ejecutoria del dictamen que califica la invalidez, pues solo a partir de ese momento se puede solicitar el reconocimiento del derecho pensional, y no antes, ya que es a partir de ahí que el beneficiario o asegurado conoce el grado de la afectación a su salud, la

intensidad de su afección y tiene la certeza de cumplir los requisitos para obtener la prestación, que en el caso lo es, haber sido declarado inválido.

Al respecto, la jurisprudencia laboral ha consolidado una teoría, según la cual, para que la obligación adquiera la connotación de exigible se requiere que el daño sea cierto, esto es, que no esté en un plano meramente eventual e hipotético, lo que solo se obtiene a través del diagnóstico o determinación de la autoridad competente para ello, en este caso, de las juntas de calificación de invalidez (Sentencias CJS SL1560-2019, CSJ SL1562-2019, CSJ SL1794-2019 y CSJ SL2026-2020). Además, en la última sentencia referida, aunque se hace mención a una pensión de invalidez, de todas formas, frente a la exigibilidad del derecho pensional resulta aplicable a este asunto, la Corte señaló lo siguiente:

“Perfilado así el debate, es necesario precisar:

1. Que para establecer la prescripción de las mesadas derivadas de la pensión de invalidez, la Corte ha aplicado para el efecto, esto es, para determinar la pérdida de las causadas en el tiempo sin reclamación, las reglas establecidas para las acciones indemnizatorias del artículo 216 del CST, conforme se explicó en la sentencia CSJ SL5703-2015, al rememorar las sentencias CSJ SL, 19 sep. 2006, rad. 29417 y CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 28821, concluyendo que, para predicar la exigibilidad de la obligación, se requiere del conocimiento pleno del peticionario, acerca de su estado de invalidez, pues no de otra manera podría hablarse de una actuación poco diligente, que genere el efecto liberatorio de la obligación, que trae consigo la prescripción extintiva de la acción.

En tal sentido, lo expuso la Sala en la citada sentencia al explicar:

[...] en tanto no se produzca la determinación del estado de invalidez [...], bien puede asentarse que la acción para la reclamación de tales derechos no ha nacido, por ende, en manera alguna puede predicarse que han prescrito -- actio non nata non praescribitur--. Y si la acción judicial para el pago de las aludidas prestaciones económicas y asistenciales no ha nacido, pues el del reconocimiento del estado de pensionado es imprescriptible por su carácter vitalicio, menos aún puede sostenerse válidamente que las mesadas pensionales como prestaciones económicas derivadas de dicho estado pueden verse afectadas por el cuestionado fenómeno letal liberatorio.

En suma, para la Corte, el plazo prescriptivo de la acción tendiente al pago de la pensión de invalidez, que no de su reconocimiento pues ella es imprescriptible, se insiste, empieza a correr desde que el afectado ha tenido ‘conocimiento acabado’ de su estado de invalidez laboral, o sea, no simplemente desde cuando se causa el infortunio o se advierten los primeros síntomas de la afectación a la salud o integridad de la persona o trabajador, sino desde cuando queda firme la ‘determinación’ de la incapacidad o invalidez laboral que a ese respecto profiere la correspondiente Junta de Calificación de Invalidez. ”

Criterio anterior que la Sala comparte, y por esa razón, considera que resulta acertada la decisión del juez de disponer el reconocimiento y pago de la pensión

de sobrevivientes a partir de la calificación emitida por Colpensiones, máxime cuando no obra constancia alguna de la notificación de esa pericia al demandante, por lo que, en ese sentido, ha de confirmarse la sentencia de primera instancia.

Así quedan resueltos los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta que se surtió a favor de Colpensiones.

Sin costas en esta instancia por cuanto ninguno de los recursos prosperó.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

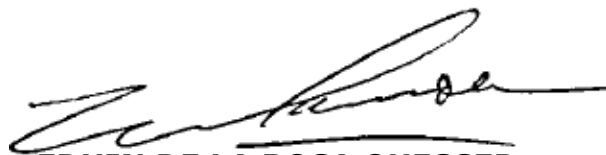
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 9 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario laboral de DAVID ARNULFO VEGA RINCÓN contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital *“al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 11001-31-05-022-2015-00351-01
Demandante: **MIGUEL ANTONIO GUARÍN**
Demandados: **ELECTROMERO S.A.S.**

En Bogotá D.C. a los **28 DIAS DEL MES DE OCTUBRE DE 2022**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido en el Decreto 806 de 2020, erigido en legislación permanente por la Ley 2213 de 2022, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 26 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

MIGUEL ANTONIO GUARÍN demandó a **ELECTROMERO S.A.S.**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal, entre el 1º de julio de 2011 y el 28 de julio de 2012, que terminó sin justa causa por parte del empleador y sin el pago de las acreencias laborales; en consecuencia se condene a pagarle del tiempo laborado, las sumas que relaciona por concepto de cesantías, intereses, primas, vacaciones,

indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST, aportes a seguridad social, indexación, ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda que el 1° de julio de 2011 el actor celebró contrato verbal de trabajo con la sociedad demandada, para desempeñar el cargo de *maestro de obra*, acordando un pago semanal de \$300.0000; en horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., de lunes a viernes y hasta las 2:00 p.m. los sábados; que el 28 de julio de 2012 el empleador da por terminado unilateralmente y sin justa causa la relación laboral; menciona que durante el desarrollo del contrato no disfrutó de vacaciones, no recibió pago alguno por prima de servicios, ni cesantías e intereses, que las partes acudieron al Ministerio de Trabajo y no llegaron a ningún acuerdo (fls. 1 a 23 PDF 01).

La demanda fue repartida inicialmente al Juzgado Cuarto Municipal Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá, D.C. (fl. 41 PDF 01); quien, con auto 26 de marzo de 2015, la rechazó por falta de competencia en razón de la cuantía (fls. 45 y 46 ídem); correspondiéndole el conocimiento al Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esa ciudad, autoridad que, con proveído de 10 de septiembre de 2015, la admitió, ordenando la notificación de la parte demandada en los términos allí indicados (fl. 65 y 65 ídem).

La sociedad demandada **ELECTROMERO S.A.S.**, dentro del término legal y por conducto de apoderada judicial, contestó la demanda con oposición a las pretensiones tanto declarativas como de condena, señalando en cada una de ellas “...no la acepto y desde ya solicito se absuelva a mi representada de este pedimento...”; negó los hechos aludiendo que nunca se celebró contrato alguno, ni verbal ni escrito entre las partes; indico en el acápite de HECHOS Y RAZONES DE LA DEFENSA, que no es procedente el cobro ni la prosperidad de las pretensiones indicadas por la parte actora en el libelo de la demanda, toda vez que “...el demandante no tiene ni tuvo relación laboral alguna con la empresa ELECTROMERO SAS, y es importante aclarar que el único vínculo que la actora tuvo laboralmente fue con el señor JOSELITO TOMERO en calidad de persona natural y no con la empresa que este representa, que no existió ningún contrato de trabajo sino una relación civil de prestación de servicios entre dos personas naturales...”; que el actor nunca

realizó un servicio personas subordinado, cumpliendo órdenes y horarios y recibiendo una remuneración por parte de la empresa ELECTROMERO S.A.S. “...si así fuera debería estar incluido dentro de la nómina tener los desprendibles de pago que demuestre su vínculo como trabajador de la empresa y todo lo concerniente a su relación laboral...”; aunado a que en su sentir, se debe aplicar la prescripción en varias de las prestaciones laborales que se pretenden dentro de la demanda ya que como lo menciona el artículo 488 del C.S.T., después de tres años los derechos laborales prescriben y el trabajador pierde todos los derechos sobre los mismos, ello sin que implique reconocimiento alguno.

En su defensa formuló además de excepciones previas las de mérito o fondo que denominó: Inexistencia del contrato de trabajo y/o relación laboral, Tacha de falsedad, Falta de legitimidad en la causa por la pasiva, Prescripción (fls.73 a 83 PDF 01), Propuso incidente de tacha de falsedad de documento (fls. 85, 86 y 95 a 107 ídem).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 26 de febrero de 2021, resolvió:

“...PRIMERO: Declarar que entre señor MIGUEL ANTONIO GUARIN y ELECTROMERO S.A.S., existió un contrato a término indefinido entre el 1° de julio del año 2011 hasta el 30 de diciembre del año 2011, y el salario mensual devengado durante toda la relación laboral del demandante fue la suma mensual de \$1.400.000.

SEGUNDO: Condenar a la demandada ELECTROMERO S.A.S. a pagar el cálculo actuarial a los aportes a la seguridad social en pensión dejados de realizar al fondo de pensiones del demandante MIGUEL ANTONIO GUARIN desde el 1° de julio de 2011 hasta el 30 de diciembre del 2011, teniendo como base salarial la suma de \$1'400.000.

TERCERO: Declarar probada la excepción de prescripción conforme a la parte motiva de esta sentencia

CUARTO: Absolver a la demandada de las demás pretensiones invocadas en su contra.

QUINTO: Condenar en costas a la parte demandada ELECTROMERO S.A.S., a la suma de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes...”.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpone y sustenta el recurso de apelación, en los siguientes términos:

“(…) Teniendo en cuenta el acervo probatorio y partiendo de la base de que la interpretación de las normas se deberá hacer a favor del trabajador, y en virtud del principio normativo indubio pro operario, pido su señoría se falle a favor del señor MARCO ANTONIO GURÍN EN CONCORDANCIA CON lo anterior la corte constitucional ha sostenido que uno de los principios rectores del derecho del trabajo es el de la primacía de la realidad sobre la formalidad es establecidas por los sujetos de las relaciones laborales consagradas en el artículo 53 de la Carta Magna, en donde se encuentra íntimamente ligado el principio de la prevalencia sustancial previsto en el artículo 228 de la misma obra, este tribunal ha reconocido que al margen de la forma en que los individuos se pactan en la prestación de un servicio personal con fines designado contrato en la estructura actual es la relación entre los sujetos lo que declara la verdadera naturaleza del vínculo, el señor MIGUEL ANTONIO GUARIN se desempeñó como maestro de obra desde el 1 de julio del 2011 hasta el 28 de julio del año 2012 con una jornada laboral de 7 a 5 pm de lunes a viernes y de 7 a 2 los días sábados aglomerando un salario de \$1'400.000 esta relación laboral finiquito pues en el año 2012 y el señor MIGUEL ANTONIO convocó a la parte demandada a conciliar ante el ministerio de trabajo lo que se podía tomar como una interrupción de la prescripción, razón por la cual solicitó no acceder a la excepción propuesta por la contra parte...”

La juez de conocimiento concedió el recurso interpuesto. Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado *José William González Zuluaga* (PDF 01 Cdno. 02 segunda Instancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2002, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación (PDF 03 ídem); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 6 de octubre del año en curso (PDF 07 ídem).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término correspondiente para alegar en segunda instancia, únicamente la parte actora presentó alegaciones, solicitando se revoque la decisión de instancia y se tenga por interrumpido el término prescriptivo y, por ende, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Sostiene, luego de hacer un relato de los hechos y un recuento del trámite procesal, que con acta NO conciliada No. 09 suscrita en el Ministerio de Trabajo, se reclama entre otras acreencias, la liquidación de prestaciones sociales, transcribiendo el aparte correspondiente del aludido documento; considerándose

que con ello se interrumpió el término de prescripción el 16 de agosto de 2012, y como la demanda se incoó el 25 de marzo de 2015, no operó dicho fenómeno jurídico, dado que *“...Para el caso en cuestión, partimos de que el acta no conciliada No. 09 del 16 de agosto de 2022 cuenta con plena validez, se encuentran las firmas de quienes en ella intervinieron, es un documento suscrito que si bien no obliga a las partes a nada, si permite identificar por escrito el evidente reclamo que realizó el trabajador a quien en audiencia representa a su empleador, y por lo tanto, dado que ya ha quedado claro que si existió una relación laboral entre las partes, el empleador se encuentra en el deber de pagar todas las obligaciones producto de dicho contrato laboral celebrado entre estas...”*-

Precisa que, conforme al criterio jurisprudencial que trajo a colación, *“...la prescripción extintiva aplica cuando no se realizan los actos tendientes a evitar que esta prescripción se genere, y tal como ya se ha establecido en este documento, el señor MIGUEL ANTONIO GUARÍN sí realizó las acciones correspondientes al reclamo establecido en la ley para interrumpir la prescripción...”*; debiendo en su consideración, como se dijo, accederse a las pretensiones elevadas en la demanda y ampare los derechos que le han sido denegados al demandante (PDF 06 Cdo. 02 Segunda Instancia).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

La juzgadora de primer grado, declaró la existencia del contrato de trabajo entre el demandante en su condición de trabajador y la sociedad demandada en calidad de empleadora, del período comprendido entre el 1° de julio y el 30 de diciembre de 2011, estableciendo como salario la suma de \$1.400.000 ; condenó a la empresa a pagar los aportes para el riesgo de pensión, del periodo laborado con un IBC equivalente al salario definido, a través del cálculo actuarial; y declaró probada la excepción de prescripción respecto a las demás acreencias de índole laboral; sin que tal decisión hubiere tenido reparo alguno por la parte accionada.

Ahora, el apoderado del demandante, controvierte la decisión, entendiendo la Sala que su inconformidad radica en la aplicación del fenómeno prescriptivo, en los términos definidos por la juzgadora de primer grado, tal como se reitera en las alegaciones de segunda instancia. Por consiguiente, la controversia en esta instancia, resulta de determinar si como lo declaró el juzgado de instancia, operó la prescripción frente a las acreencias del demandante, o como lo sostiene el recurrente, se interrumpió en debida forma dicho término y por ende, hay lugar a elevar condena por las prestaciones sociales que se reclaman.

Consideró la juzgadora de primer grado que los derechos del demandante se extinguieron por el fenómeno prescriptivo, señalando luego de referir las normas que consagran dicha figura, que *“...en el presente caso entonces tenemos demostrado que la relación laboral data del terreno del 1° de julio de 2011, hasta el 30 de diciembre del año 2011, desde esta última fecha inicia a contarse el término prescriptivo de los tres años en el cual el trabajador tuvo ese plazo para activar el aparato judicial impetrando la demanda; dicho término prescriptivo caducaba el 30 de diciembre del año 2014, por otra parte a folio 21 del plenario encontramos el acta individual de reparto donde se certifica que la demanda fue presentada por el demandante el 23 de marzo del 2015 y teniendo en cuenta que el extremo final del contrato fue el 30 de diciembre del año 2011, el demandante tuvo hasta el 30 de diciembre del año 2014 para presentar la demanda. Situación que en el presente caso no aconteció, en conclusión, se declara prescrita las prestaciones sociales del trabajador...”*,

Conforme lo previsto en el artículo 488 del CST, las acciones derivadas de los derechos regulados en la normatividad sustantiva laboral, prescriben en tres años, que se cuentan a partir de la fecha en que la obligación se hace exigible, salvo los casos de prescripciones especiales; término que se puede interrumpir, según el artículo 489 ibídem, con: *“...El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente determinado interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente...”*.

Entonces, para la aplicación de esta figura en materia laboral, debe tenerse en cuenta como punto fundamental la fecha de exigibilidad de cada derecho, ya que se pueden presentar obligaciones o derechos que se causan durante la vigencia del contrato de trabajo, es decir, que son exigibles en vigencia del mismo

y otros que se causan a la terminación, por tanto, frente a cada derecho pretendido debe examinarse la prescripción.

En el presente asunto, dado que las pretensiones de la parte actora tienen génesis en la terminación del contrato de trabajo; por tanto, es desde esa fecha que se debe contar el término prescriptivo. Así, como el contrato finalizó el 30 de diciembre de 2011, el accionante contaba con un término de tres años para hacer su reclamación e incoar la acción, conforme lo previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS; el cual iba hasta el mismo día y mes del año 2014; pudiendo interrumpirse dicho lapso por una sola vez, con el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador acerca de un derecho debidamente determinado; contándose de nuevo dicho lapso a partir de reclamo y por un período igual al señalado inicialmente, según lo establecido en los artículos 489 del CST y 151 del CPT y SS, normatividad atrás referenciada.

Es decir, que la interrupción de la prescripción, ocurre de dos formas: (i) extraprocesalmente mediante la presentación por una sola vez de reclamación escrita del trabajador sobre los derechos que persigue específica y claramente determinados y (ii) procesalmente con la presentación de la demanda siempre que se den los requisitos del art 94 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS.

En los alegatos de segunda instancia, se indica que “...en el Acta No Conciliada No. 09, suscrita por las partes intervinientes en el conflicto y emitida por el Ministerio de Trabajo luego de la audiencia de conciliación se indicó: “Constituido el Despacho en audiencia pública de Conciliación, el suscrito Inspector explica a las partes de manera clara y detallada el objeto, características, efectos y consecuencias jurídicas. Acto seguido se le concede el uso de la palabra a la parte CONVOCANTE, quien manifiesta < ingresé a laborar con la CONVOCADA desde el 28 de julio de 2011 hasta el 28 de julio de 2012, contrato verbal, cargo maestro de obra, asignación mensual \$1.400.000, horario de trabajo de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., sábado de 7:00 a.m. a 4:00 p.m. **Reclamo Liquidación de prestaciones sociales, pago de horas extras, afiliación y aportes al sistema de seguridad social integral, indemnización moratoria**>...” precisándose “...El aparte del texto anterior subrayado y en negrilla que fue extraído textualmente del Acta, permite acreditar que el señor MIGUEL ANTONIO GUARÍN, en dicha audiencia solicito claramente a su

empleador el pago de sus acreencias laborales, además, dicho reclamo quedó plasmado por escrito en el Acta. Esta situación se adecua a lo dispuesto en el artículo 489 del C.S.T. y S.S...”; (fl. 5, PDF 06 Cdno. 02 Segunda Instancia).

En el hecho once (11) de la demanda se hace referencia a que “...Las partes acudieron a conciliar al ministerio de trabajo y no llegaron a ningún acuerdo...” (fl. 7 PDF 01), y así lo acepta la parte accionada, en el escrito de subsanación de la contestación (fl. 99, ídem); sin embargo, al proceso no se aportó documento alguno emanado del Ministerio del Trabajo, ni menos aún el acta a que se refiere la parte actora se emitió en la diligencia de intento de conciliación; nótese como ni siquiera fue relacionado como medio de prueba al momento de registrarse aquellos que la parte actora pretendía hacer valer como tales (fl. 21 ídem).

En ese orden de cosas, aunque la jurisprudencia legal, ha señalado que la concurrencia de las partes ante el Ministerio de Trabajo, permite considerar la interrupción del termino de prescripción, en el entendido que, con la asistencia del empleador ante la autoridad administrativa, queda enterado de las reclamaciones que eleva el trabajador en su contra, es decir que se determinan debidamente los derechos y son conocidos por aquel; en el presente asunto no es factible arribar a tal conclusión.

En efecto, nótese que lo admitido por la accionada en la contestación de la demanda simplemente corresponde al hecho que asistió al ministerio de trabajo; sin embargo, no se especifica por ninguna de las partes en qué fecha sucedió tal evento, o cuales fueron los derechos involucrados en la reclamación, o en qué términos se llevó a cabo la misma, etc.; por consiguiente, no es factible considerar como lo hace la parte actora, que la concurrencia de las partes ante el autoridad administrativa, tuvo la virtualidad de interrumpir el fenómeno prescriptivo en los términos de la normatividad ya referenciada.

Se repite, no es posible considerar dicha situación, como quiera que no existe medio de convicción alguno que dé certeza sobre la data de la audiencia

de intento de conciliación adelantada, ni el contenido de la misma, para abrir paso a la contabilización de los tres años que prevé el aludido artículo 488 del CST; aspecto que no se puede tener por acreditado con la aceptación que se hizo en la contestación de la demanda de la asistencia ante dicha autoridad, ya que solo se indica ésta –la asistencia- sin ningún otro pormenor que permita evidenciar los aspectos referenciados líneas atrás; ni menos aún con la transcripción que se hace del eventual documento en el escrito de alegaciones la parte actora; pues a manera de resultar insistentes, se debe anotar que, el mismo no fue solicitado como prueba, ni menos aún aportado al presente proceso.

Entonces, como la demanda se presentó el 25 de marzo de 2015, según acta individual de reparto (fls.41 PDF 01), y el contrato como quedo determinado, finalizó el 30 de diciembre de 2011; se advierte que con la misma no es factible tener por interrumpido el fenómeno prescriptivo, dado que la presentación de la acción se hizo superado el término de los tres (3) años que señalan las normas en comento; por lo que las prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo y reclamadas con esta acción se encuentran cobijadas por dicho figura de la prescripción; circunstancia que impide elevar condena alguna por las mismas; tal como lo concluyó la juzgadora de primer grado, en virtud de lo cual se confirmará la sentencia apelada.

De esta manera quedan resueltos los temas de apelación, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en la alzada.

Ante lo adverso de la decisión del recurso a la parte apelante, se le condenará en costas (Numeral 1°, art. 365 CGP). Fíjese como agencias en derecho, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario promovido por **MIGUEL ANTONIO GUARIN** contra **ELECTROMERO S.A.S.**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

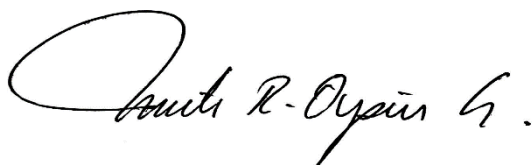
SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante; fíjese como agencias en derecho, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital *“al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105009201900490-00

Previo a resolver el recurso de apelación concedido por el Juez de instancia se advierte, que el apoderado MATEO TRUJILLO URZOLA, de la parte demanda Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., dentro del término legal establecido, interpuso recurso apelación contra el fallo proferido el 25 de febrero de 2022, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, dado el resultado desfavorable a sus intereses.

De la misma manera, en escrito allegado por correo electrónico el día 11 de octubre de 2022, adjunta memorial donde manifiesta que **DESISTE** del recurso impetrado.

A efectos de resolver la Sala procede a dictar el siguiente,

AUTO

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 316 del Código General del Proceso, **SE ACEPTA EL DESISTIMIENTO** del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. por tener facultad para ello.

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en

contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 25 de febrero de 2022, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ ANGELA RODRIGUEZ SOTELO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCION S.A. y la UGPP.**

ANTECEDENTES

LUZ ANGELA RODRIGUEZ SOTELO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCION S.A. Y UGPP, para que se declare que fue asesorada equivocadamente por PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCION S.A., y la UGPP, al momento de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se declare la nulidad de esas afiliaciones, que se ordene a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCION S.A. Y UGPP, trasladarla a COLPENSIONES, junto con sus aportes, rendimientos y semanas cotizadas; que, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho que se causen en el proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 20 de marzo de 1961, cotizó a la Caja Nacional de Previsión Social, a través del Ministerio de Desarrollo Económico, desde el 15 de junio de 1983, hasta el 23 de mayo de 1991, reveló que posteriormente cotizó a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, a través de la Secretaria Distrital del Hacienda, desde el 15 de mayo de 1989, hasta el 31 de diciembre de 1995, que para el 31 de diciembre de 1995, tenía acreditadas 332 semanas de cotización; indicó que en noviembre de 1995, fue persuadida por la AFP PORVENIR S.A. para que se vinculará a dicho Régimen de Pensiones, que AFP PORVENIR S.A. no le informó al momento de la afiliación las implicaciones de trasladarse de Régimen Pensional, no le explicaron la naturaleza propia de este Régimen de Pensiones; tampoco le informaron al momento de afiliarse sobre las desventajas o riesgos de afiliarse al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, no le dijeron sobre los beneficios que le reportaría permanecer afiliada en el RPMPD; que PORVVENIR S.A., no le informó el capital que debía acumular para lograr una pensión de vejez en el RAIS; exteriorizó que en julio de 2003, se trasladó a la AFP PROTECCION S.A., que durante la permanencia el PROTECCION S.A.; tampoco fue ilustrada sobre el monto o proyección de su pensión de forma comparativa entre los dos Regímenes que existían y que efectuó aportes a esta entidad desde septiembre de 2003, hasta julio de 2012, se trasladó en esa misma fecha a la AFP COLFONDOS S.A. donde tampoco le realizaron ninguna proyección sobre el monto de su pensión de forma comparativa entre los dos Regímenes que existían; indicó que en enero de

2019, a través de un cálculo actuarial obtuvo el conocimiento de que pensionarse con el RPMPD, su mesada pensional a los 57 años de edad sería equivalente al 67% de su promedio salarial, esto es de \$4.955.185; dijo que a través del cálculo actuarial que conoció en enero de 2019, se dio cuenta que en la AFP COLFONDOS .S.A, con el capital ahorrado hasta el 25 de septiembre de 2018, correspondería a una mesada pensional de \$1.591.916, dijo que en razón de lo anterior, el día 11 de febrero de 2019, solicitó a través de apoderado ante la AFP PROTECCIÓN S.A., que procedieran a anularle su afiliación al RAIS; comunicó que el día 10 de febrero de 2019, solicitó a la AFP COLFONDOS S.A., procedieran igualmente a anularle su afiliación a dicho fondo de pensiones por haber incumplido sus deberes legales de información y asesoría; también informó que solicitó ante COLPENSIONES, el día 15 de febrero de 20019, que le activarán su afiliación al RPMPD, manifestando que no había recibido la asesoría e información suficiente al momento de su traslado al RAIS; expresó que a la fecha ninguna de las demandadas han accedido a lo que pretendió, inconforme con las respuestas de la entidades, presentó acción ordinaria laboral, contra de COLPENSIONES – Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS Pensiones y Cesantías .; no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES a la doctor Oscar William Montes Urrea, identificado con la cédula de ciudadanía 1.053.836.281 de Manizales, Caldas y T.P. No 316.002 del H.C.S de la J. en los términos y para los efectos de los poderes.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y la UGPP., dieron contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas y COLFONDOS S.A. se allano a las pretensiones de la demanda.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, falta de integración del litisconsorcio necesario, falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de afiliación de Régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos, innominada o genérica. (folios 169 a 177).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de: Declaración

de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante en la Administradora de Fondos de Pensiones PROTECCION .S.A., ejercicio oportuno al derecho de retracto en el año 2003, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, buena fe, compensación, excepción genérica. (folios 184 a 186).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** propone las siguientes excepciones: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe. (folios 250 a 252).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** conforme se ALLANA a las pretensiones de la demanda, en atención al artículo 98 del Código General del Proceso, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., Solicitó comedidamente abstenerse de imponer costas judiciales y/o Agencias en derecho en contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, al no presentar oposición a la demanda. (folio 257).

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP** propone las siguientes excepciones: falta de legitimación en la causa por pasiva, inepta demanda por falta de reclamación administrativa, de fondo, compensación, prescripción, excepción genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, Declaró la ineficacia del traslado que realizó la actora del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR S.A., el 17 de octubre de 1995; condenó a la administradora COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión; ordenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones, que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado; ordenó a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en

la historia laboral de la actora las correspondientes semanas; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones; costas a cargo de PORVENIR S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (01) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó recurso de apelación, en contra de la decisión proferida, pidió absolver a COLPENSIONES; indicó que la afiliación de la actora al RAIS es válida, al haber suscrito formulario inicial como los traslados horizontales, de manera, libre y voluntaria, de acuerdo a las declaraciones de la actora, quien tenía conocimiento de las características del RAIS, las cuales le fueron informadas al momento de suscribir los formularios de afiliación; expresó que no están frente a una negligencia por falta de información; indicó que COLPENSIONES, es la administradora de RPMPD, que no se deben olvidar que para el año en que la demandante, efectuó el traslado, no se encontraba afiliada al ISS, que no resulta procedente decir que las cosas vuelvan a su estado original, cuando nunca hubo una vinculación con la entidad que asumió COLPENSIONES, es decir el ISS, el artículo 692 de 1994, señala que hasta el año 1994, se entendió que iban a seguir administrando el Régimen para sus afiliados y para esa época la actora, se encontraba afiliada a la Caja de Previsión del Distrito; informó que es evidente la falta de responsabilidad de COLPENSIONES, que no está de acuerdo con las consideraciones de la Sentencia que se le endilgo; también señaló que esta decisión, vulnera el principio de sostenibilidad financiera del Sistema; manifestó que si bien en el resuelve, le indicaron a los fondos que deben trasladar el dinero que se encuentra en la cuenta de ahorro de la demandante, sin descuento alguno, ni por gastos de administración; no genera esto, que no se llegue a una descapitalización del fondo común, aún más estando frente a Regímenes que se financian de manera diferente.

Por su parte la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpone recurso de apelación, solicitó la revocatoria en contra de la decisión en primera instancia en cuanto a la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS; respecto a la condenas impuestas a PORVENIR S.A., teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: señaló que si bien es cierto la existencia de un precedente judicial, por parte de la Honorable Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación, indicó que dicho precedente no se puede aplicar de

manera homogénea en todos los procesos, donde se solicite bien la nulidad o la ineficacia de la afiliación, porque debe haber una similitud de las condiciones tácticas de cada situación, que para PORVENIR S.A. no se da en el asunto que se discute; expuso que la actora realizó válidamente su traslado al RAIS de manera voluntaria, sin presiones e informada, según la normatividad vigente para la fecha; advirtió que para el año 1995, el deber de información ha existido desde que se crearon los fondos privados, ha tenido un desarrollo legal, jurisprudencial, que se ha hecho progresivo y exigente con el pasar de los años, aludió que si bien existía una obligación para las administradoras del sistema general de pensiones, de entregar una información a quienes pretendieran vincularse, era una asesoría más allá que la que la que establecía la ley, tampoco se podía atribuir el deber de un buen consejo, incluso para desincentivar la afiliación, ni mucho menos una doble asesoría; expresó que estos requerimientos surgieron con mucha posterioridad; cargas que fueron impuestas en el Decreto 2555 de 2010 y el Decreto 2071 de 2015, de la ley 1748 de 2014; manifestó que dentro del interrogatorio de parte rendido por la actora dejó claro que PORVENIR S.A., si le brindó una asesoría, sobre los distintos beneficios que componen el ahorro en el RAIS y en el RPMPD, también dijo que tenía conocimiento sobre la manera como se obtiene la pensión, reconoció que se requería unas semanas mínimas para pensionarse, una edad, se puede concluir que la actora, si tenía un conocimiento, sobre las condiciones y los requisitos para adquirir su beneficio pensional tanto en el RAIS como en el RPMPD; que tenía el suficiente conocimiento para tomar la decisión de trasladarse de Régimen y la misma expresó que no se puede concluir que existía una información sesgada por parte de PORVENIR S.A. y que la demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al RPMPD, puesto que el artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, que estuvo vigente hasta su modificación por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, señaló que los afiliados al sistema general de pensiones podrían trasladarse de Régimen, por una sola vez cada tres años, contados a partir de la selección inicial, en todo el tiempo de vigencia de esa disposición, que la demandante guardó silencio, incluso decidió trasladarse a otros fondos privados, así como lo hizo después de que este término de tres años, se elevara a 5 años; argumento entonces que en ese sentido no existen razones tácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de la ineficacia del acto jurídico, porque la actora realizó el traslado a PORVENIR S.A., consciente, espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza por parte de PORVENIR S.A., entidad que cumplió con todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha y que produjo el acto jurídico en el momento; añadió que con respecto de trasladar a COLPENSIONES, el valor correspondiente a las sumas destinadas al pago de los gastos de administración; PORVENIR S.A. se aparta de la misma puesto que no resulta viable que como parte de las prestaciones mutuas que corresponda, se ordene a la administradora demandada la devolución de dichos montos, que tienen por mandato legal una destinación específica, en este caso cumplió plenamente su cometido, en el periodo en que la actora se mantuvo vinculada a PORVENIR S.A. y que esas sumas fueron debidamente invertidas, en la forma exigida por la Ley,

que por tal razón ya no se encuentran en poder de PORVENIR S.A., porque los mismos fueron destinados a cubrir todos los gastos de administración, que generaron los correspondientes rendimientos, por lo tanto esa devolución resulta improcedente de conformidad por lo preceptuado por la Superintendencia Financiera De Colombia, entidad que se encuentra encargada de vigilar entre otras a las sociedades administradoras de fondos de pensiones, que dentro de sus facultades esta emitir conceptos doctrinales, respecto de los temas de su competencia, y señaló que el traslado de recursos entre los Regímenes Pensionales debe de efectuarse de conformidad con la norma, que se encuentra específicamente destinada para ello, como lo es en este caso, y que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, disposición normativa que deberá aplicarse en todos los casos que sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluye las restituciones que deben darse cuando se declare la nulidad o ineficacia de un traslado de Régimen Pensional, así mismo consideró, que no se ve ninguna razón atendible para apartarse de la misma e incluir conceptos que por razones lógicas no pueden llegar a trasladarse, lo que corresponde a las agencias en derecho; solicitó ser desestimada la devolución de los valores a los que fue condenada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por, COLPENSIONES, solicito estudiar en su integridad el fallo proferido en primera instancia y en caso de ser contrario a derecho absolver a mi representada de toda condena, esto lo argumenta en razón a que no se evidencia material probatorio suficiente y no existió el vicio del consentimiento porque el traslado se dio de manera voluntaria y libre.

Entre tanto la UGPP, peticiona confirmar la sentencia apelada adicionando que se absuelve a mi representada de las pretensiones de la demanda, toda vez que en el resuelve no se señala la absolución de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

La parte demandante esta de acuerdo con el fallo en primera instancia en cuanto a que el único contacto que tuvo la demandante con el fondo privado fue al momento de la suscripción de su afiliación y traslado, no existieron actualizaciones de datos, asesorías, re asesorías, registros de contactos telefónicos o presenciales, ni existe constancia de que se le haya ilustrado las diferencias y características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no puede entenderse que el traslado de régimen fue eficaz, dado el incumplimiento al deber de información por parte del fondo privado demandado.

Por último, PORVENIR S.A. requiere que se revoque el A Quo, ya que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, se subraya, no le exigían una información en los términos que reclamados en la demanda y argumentados en el fallo apelado, en la medida que solo fueron impuestos de forma tan rigurosa con mucha posterioridad en observancia a la falta de diligencia empleada por los mismos afiliados.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración; iv) si procede la condena en costas en contra de las demandadas.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 05 de marzo de 2020 (fl. 34 a 36) y su respuesta el 05 de marzo de la misma anualidad (fl. 37 a 40).

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

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

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

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las

Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 09 de septiembre de 1965 (fl.11); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 27 de noviembre de 1987 y el 30 de abril de 1999, con 477 semanas (F°151 a 159); iii) que el 17 de octubre de 1995, se trasladó al RAIS administrado por la A.F.P. PORVENIR (fl. 227), con fecha de efectividad desde el 17 de octubre de 1995, (fl. 213), se trasladó a la AFP PROTECCION, en septiembre de 2003, y en julio de 2012, se trasladó a la AFP COLFONDOS, administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1,159 semanas (fl. 151 A 159)

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte al apoderado de PORVENIR S.A., indicó que para la época de los hechos, la asesoría no era documentada era verbal, no se analizaba documentos del historial laboral, solo la información que otorgaba la actora; dijo que en los 8 años que duro afiliada en la entidad ,no tiene conocimiento si se le hizo alguna proyección pensional; señaló que PORVENIR S.A., no contaba con prueba distinta al formulario de afiliación; también informo que PORVENIR S.A., tiene acceso a las hojas de vida de los asesores comerciales, pero por los años que han transcurrido no sabe si existan.

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte al apoderado de COLFONDOS S.A., indicó que el comparativo que le hicieron a la actora, no se entregó de manera física, que la asesoría fue de forma verbal y los únicos documentos que existen son los aportados a la demanda.

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte al apoderado de PROTECCION S.A.; indicó que solo cuentan con el formulario de afiliación y la manifestación libre y espontanea de la actora de pertenecer a PROTECCION S.A., que así mismo la actora brindo información de su núcleo familiar para el momento de la afiliación; reveló que el fondo en el que venía anteriormente, PROTECCION S.A., contaba con herramientas y asesores para hacer cálculos pensionales, proyecciones, que le hicieron de manera verbal, no hay registro físico: expresó que PORTECCION S.A., enviaba la información a la actora por el portal web, los únicos documentos que existen son los aportados a la demanda.

También absolvió interrogatorio de parte la demandada; donde indicó que cuenta con 60 años de edad y que nació el 09 de septiembre 1965, de profesión Abogada, especializada en derecho administrativo, egresada del año 1989; enunció que labora como funcionaria en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, desempeñándose como Abogada actualmente del Grupo de Recursos Jurídicos de la dirección Jurídica a Nivel Central de la DIAN; explicó que para el año 1995, se presentaron a la oficina asesores de PORVENIR S.A., eran aproximadamente 50, quienes invitaron a todos los funcionarios a una charla, en el primer piso del SUPERCADÉ donde funcionaba la Dirección de Impuestos de Bogotá; informó que venía haciendo sus aportes de pensión y cesantías, en la Caja de Previsión del Distrito, los asesores de PORVERNIR S.A., le dijeron que, esa Caja estaba en proceso de liquidación por el desarrollo de los dispuesto en la ley 100 de 1993, que al final del año 1995 ya no tendrían la afiliación con la misma, que era indispensable escoger un fondo de pensiones para trasladar los aportes pensionales; dijo que la reunión duró aproximadamente media hora; exteriorizó que el asesor de PORVENIR S.A., le dijo que ese fondo era la mejor opción, por el respaldo bancario y prestigio que tenían, le informaron que podía acceder a una pensión con menos semanas de cotización, a las que exigía el ISS. y de las bondades de poder abrir una cuenta de ahorro individual donde iba tener una rentabilidad muy alta, buenos intereses, obtener una pensión más alta que con el ISS, pensionarse anticipadamente, que en caso de fallecimiento los aportes pensionales depositados en PORVENIR S.A., serían heredados por los hijos, pero lo que más la convenció era que los aportes de 6 años que tenía de haber laborado con la Secretaria de Hacienda, anteriormente a los hechos, no se le iban a perder; comentó que escuchaba en los medios de comunicación lo que decían del ISS y el panorama era desalentador, porque escuchaba las personas decir que iban por una pensión de jubilación y tenían que en tutelar al estado, que se demoraban mucho en los tramites y cuando llegaba la pensión la persona que había fallecido, por eso tomo la

decisión de afiliarse a PORVENIR S.A., expuso que en su vida profesional en cuanto a leyes el conocimiento es muy general, conoce de los requisitos para pensionarse, las semanas de cotización, la edad para acceder a la pensión de jubilación; enunció que confió en que la información que le dio el asesor de PORVENIR S.A., era suficiente, confiable, profesional y completa, porque efectivamente a finales de 1995 liquidaron la caja donde se encontraba afiliada, por eso no dudó en afiliarse; manifestó que en el año de 2003, los visitaron asesores comerciales de PROTECCIÓN S.A., quienes le indicaron que el respaldo financiero que tenía PORVENIR S.A, de la banca chilena se lo iban a retirar y que estaban en proceso de liquidación; Le dijeron que PROTECCION S.A., tenía como respaldo financiero bancos colombianos con mayor respaldo de la banca internacional, que los rendimientos de la cuenta de ahorros se le iba a incrementar, que por esto siguió confiando en los fondos privados porque le brindaban estabilidad, y que finalmente, se trasladó a PROTECCION S.A., que su decisión fue libre y voluntaria, por la información que se le suministro en ese momento; reveló que se vio motivada a demandar porque un abogado de COLFONDOS S.A., le dijo que el ahorro que había hecho en los fondos privados no le alcanzaba para tener una pensión, de salario mínimo; que fue cuando se dio cuenta que se le había causado un perjuicio, ya que no le brindaron la información suficiente para tomar una decisión consciente de lo que estaba haciendo; también informó que nunca se acercó al ISS corroborar la información porque no se sabía que iba pasar con este y generaba mucha zozobra, también por la mala publicidad que los fondos privados le hicieron a COLPENSIONES, diciendo que nunca iban a tener dinero para cubrir las pensiones de los afiliados y que se demoró en elevar la solicitud de traslado a COLPENSIONES, porque creyó que ya no podía hacer nada y debía permanecer en el fondo privado.

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

legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la PORVENIR S.A., el 17 de octubre de 1995, la cual tuvo fecha de efectividad el 17 de octubre de 1995, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no supe el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de LUZ ANGELA RODRIGUEZ SOTELO.

Ahora, en relación con la orden impuesta a las AFP PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón le asiste en su reproche a la demandada, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto).

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado la actora al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que fincan su inconformidad la AFP PORVENIR S.A., no encuentran soporte ni legal, ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera

Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse respecto al valor de las agencias en derecho fijadas por el Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas *“solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, las apoderadas recurrentes deberán manifestar las inconformidades que tengan al respecto.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de febrero de 2022, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUZ ANGELA RODRIGUEZ SOTELO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCION S.A. y la UGPP.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105010201900709-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN S.A.; PORVENIR S.A.; COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 09 de marzo de 2022, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARCO EDUARDO DIAZ AMAYA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA – PROTECCION S.A, y litis consorcio necesario COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS** ,

ANTECEDENTES

MARCO EDUARDO DIAZ AMAYA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA – PROTECCION S.A, y litis consorcio necesario COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS, para que se declare la nulidad de la afiliación y/o la ineficacia del traslado, que realizo del RPMPD al RAIS, en septiembre del año 2000 ante la AFP PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER hoy AFP PROTECCION, afirmó por existió engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento, para que se trasladara al RAIS al que pertenece dicha administradora, que, en consecuencia de lo anterior se declare la nulidad de la afiliación y/o la ineficacia de traslado de la afiliación efectuada en octubre de 2005 fecha de efectividad, con la AFP COLFONDOS, que se de declare la nulidad de la

afiliación y/o la ineficacia de traslado de la afiliación efectuada en octubre de 2017 (fecha de efectividad) con la AFP PORVENIR, que en consecuencia de dichas declaraciones se ordene a la AFP PORVENIR S.A, realizar su retorno, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradoras, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPMPD - administrado por COLPENSIONES, que se ordene a COLPENSIONES, recibirlo en el RPMPD y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad, finalmente solicitó que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y lo que considere ultra y extra petita el señor Juez.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 21 de diciembre de 1959., manifiesto que, desde el 09 de febrero de 1976 hasta el 15 de abril de 1991, estuvo afiliado al ISS, donde acumuló un total de 470.57 semanas cotizadas, que para el mes de septiembre de 2000, laboraba para la empresa LADA SOFT E.U., refirió que la asesora de la AFP SANTANDER/PROTECCION, le presentó el nuevo régimen pensional, que le informó que podría pensionarse a una menor edad con el RAIS, que el fondo privado a diferencia del fondo público, estaba respaldado por firmas financieras de gran prestigio, que a largo plazo los dividendos de los aportes crecerían exponencialmente lo que garantizaría una buena pensión, que la asesora les manifestó que el ISS, se liquidaría en pocos años, y por ello los afiliados estarían en alto riesgo de perder cualquier pensión; expuso que para el año 2005, laboraba para la clínica Juan N. Corpas, que realizó afiliación a AFP COLFONDOS, en solidaridad con la institución para la que laboraba, enunció que en ningún momento tuvo asesoría por parte de algún asesor de esta entidad, que no les informaron que aunque realizaran cotizaciones sobre cuatro (4) salarios mínimos, la mesada que recibirían sería de un salario mínimo, posteriormente indicó que para el año 2017, cuando aún laboraba para la clínica Juan N. Corpas, realizó afiliación a AFP PORVENIR, manifestó que la asesora de esta AFP, lo convenció de trasladarse a éste fondo pensional, con el argumento de la conveniencia de tener pensiones y cesantías en un mismo fondo, que durante el tiempo de permanencia con los distintos fondos privados nunca le realizaron una proyección pensional; expuso que por todo lo anterior realizó el traslado del RPMPD al -RAIS, que tiene un total de 1.436 semanas cotizadas a agosto del 2019, al Sistema General de Pensiones; manifestó que el día 22 de febrero de 2019, se radicó derecho de petición ante la AFP COLFONDOS solicitando se declare la nulidad y se retorne del RAIS al RPMPD, que posteriormente mediante oficio de fecha 15 de mayo de 2019, la entidad dio respuesta a la solicitud del retorno así: *"En virtud de lo anterior, le indicamos que la anulación de la afiliación del señor Marco Eduardo Díaz Amaya no es procedente ni viable, ya que el soporte legal de este trámite es la copia firmada del formulario de afiliación No 8925491; así mismo informamos que no somos la entidad competente para declarar la ineficiencia de traslado realizado, el mismo debe ser ordenado por un Juez de República."*; que posteriormente el día 26 de febrero de 2019, se radicó derecho de petición ante la AFP PROTECCION solicitando se declare la nulidad y se retorne del RAIS al RPMPD, informó que la entidad mediante oficio de fecha 16 de abril de 2019, dio respuesta a la solicitud, comunicándole *"En razón a lo antes dicho, la afiliación presentada se presume legal y sólo podrá desvirtuarse cuando la autoridad competente, establezca la falsedad en la suscripción del mismo para lo cual; en caso de ser procedente, emitirá una*

orden de restablecimiento del derecho, misma que será acatada de inmediato por parte de esta Administradora."; que subsiguientemente el día 22 de febrero de 2019, se radicó derecho de petición ante la AFP PORVENIR solicitando se declare la nulidad y se retorne del RAIS al RPMPD, informo que la entidad mediante correo electrónico dio respuesta a la solicitud comunicándole que: *"El señor DIAZ, al momento de suscribir su formulario de traslado de Régimen Pensional, contaba con 40 años de edad, y 102 semanas de cotización al Instituto de los Seguros Sociales (\$\$ hoy COLPENSIONES, situación que a la luz del nuevo Régimen Pensional, previsto en la Ley 100 de 1.993, no lo excluía, exceptuaba o hacía improcedente o inconveniente su traslado, ni era posible prever como iban a ser sus últimos años de vida laboral y sus ingresos."* ; que inmediatamente el día 22 de febrero de 2019 se radicó derecho de petición con radicado 2019_2434702, ante COLPENSIONES solicitando se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS y como consecuencia se RETORNE al RPMPD, informó que la entidad di o respuesta mediante oficio de fecha 22 de febrero de 2019, con radicado BZ2019_2447535-0551812, manifestando que no es posible realizar la nulidad de traslado del RPM al RAIS, con fundamento en los siguientes argumentos: *"Es procedente manifestar que de acuerdo a la normativa vigente Colpensiones procede realizar anulación de traslado cuando: presuntamente se cometió falsedad en el formulario de afiliación o el empleador lo afilió sin su consentimiento"*. Finalizo advirtiendo que la AFP PORVENIR realizó la simulación pensional para cuando cumpliera los sesenta y dos (62), donde resultó que no accedería a una pensión de vejez, que la simulación pensional en el RPMPD, administrado por COLPENSIONES conforme a lo contemplado en la ley 797 de 2003, sería que a sus sesenta y dos (62) años de edad y obtendrá una mesada pensional mensual equivalente a la suma de \$1.441.702.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A, PROTECCION S.A, y litis consorcio necesario COLFONDOS, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción y caducidad declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (Archivo 10, fl. 216).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe; inexistencia de la obligación; compensación; excepción genérica. (Archivo 14, fls. 29 a 30).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de buena fe; innominada o genérica; compensación y pago. (Archivo 03, fls.10).

PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General De Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y innominada o genérica. (Archivo 06, fls.10).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 09 de marzo de 2022, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante señor MARCO EDUARDO DIAZ AMAYA por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA – PROTECCION S.A, ANTES PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER realizado mediante la suscripción de la afiliación de fecha 01 de septiembre del 2000 y por ende declaró ineficaz el traslado de régimen pensional del RPMPD al RAIS, razones por las cuales también se declaró ineficaces las afiliaciones suscritas por el demandante con COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 23/08/2005 y la afiliación suscrita a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A el día 23/08/2017 y ordeno el regreso automático del demandante a su afiliación primigenia con COLPENSIONES en el RPMPD, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Condenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a restablecer y recibir la afiliación del demandante MARCO EDUARDO DIAZ AMAYA al régimen de prima media sin solución de continuidad de conforme a la parte considerativa. Condenó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a realizar la devolución de las sumas que se encuentren en la cuenta individual del señor MARCO EDUARDO DIAZ AMAYA correspondientes a cotizaciones, rendimientos y frutos e intereses como lo establece el artículo 1746 del Código Civil, con destino a COLPENSIONES al RPMPD, con todos los rendimientos, intereses causados y así mismo incluyendo la devolución de los gastos y cuentas de administración descontados durante su vinculación, debidamente indexados, para lo cual se le otorga el término de 15 días hábiles a la ejecutoria de la presente providencia, acompañándole de la correspondiente documental para que COLPENSIONES pueda establecer que se hace la devolución de cotizaciones, rendimientos e intereses y de los gastos y cuentas de administración debidamente indexados y COLPENSIONES deberá realizar la revisión correspondiente una vez ingresan estas sumas de dinero que se hace la devolución en los términos indicados sin sentencia. Condeno a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA – PROTECCION S.A, y a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a realizar la devolución de los gastos y cuotas, comisiones de administración debidamente indexados con destino al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, en el término de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia y deberán allegar a COLPENSIONES la documentación correspondiente para que se

pueda establecer cuáles fueron las sumas descontadas durante su vinculación a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA – PROTECCION S.A, y a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, a la aquí demandante MARCO EDUARDO DIAZ AMAYA para que se determine que las administradoras están haciendo la devolución de éstas sumas de dinero debidamente indexados de conforme a la parte motiva de esta providencia. Condenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen en estas sumas de dineros provenientes de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA – PROTECCION S.A, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A .y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A debe proceder a hacer la revisión de que la devolución se hace en los términos indicados en la sentencia, y de manera inmediata deberá imputar al demandante para efectos pensionales en COLPENSIONES las semanas que cotizo el demandante MARCO EDUARDO DIAZ AMAYA cotizadas en el RAIS, conforme a la parte motiva la providencia. Declaró no probadas las excepciones planteadas por las accionadas. Finalmente condeno en costas de esta instancia a la parte demandada y a favor de la parte demandante deben ser tasadas por Secretaría incluyendo como agencias en derecho, así; a cargo de PROTECCION S.A la suma de \$ 1.000.0000 y a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A en la suma de \$ 250.000 para cada una.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación de manera parcial en contra la sentencia de primera instancia, en lo referente al numeral cuarto que ordenó a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES los descuentos que fueron realizados de los aportes del afiliado, los cuales fueron destinados a cubrir los gastos de administración y el seguro previsional, solicito que se revoque la sentencia en este punto, sustento que dentro del Sistema General de Pensiones se facultó a las administradoras tanto del Régimen Público como en el Régimen Privado para realizar estos descuentos con base en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y de acuerdo a la sentencia de Constitucionalidad 086 de año 2002, donde se declaró la exequibilidad del Régimen de Ahorro Individual, por lo que la dualidad del sistema permite que las administradoras de pensiones actúen en igualdad de condiciones frente a los temas operativos, advirtió que de acuerdo a la declaratoria de ineficacia que busca proteger principalmente la libertad de selección de Régimen y que al protegerse las demás consecuencias, debe tenerse en cuenta la naturaleza misma del RAIS donde se produce un margen de rentabilidad totalmente diferente al RPMPD, indicó que en ese sentido no puede presumirse que por el hecho de una declaratoria de ineficacia, las administradoras deban asumir con su propio patrimonio unos conceptos que no se calculan dentro

del mismo proceso, donde se permita ver la rentabilidad que surtieron estos aportes dentro de COLPENSIONES y programar así un traslado acorde, que se permitiera a la administradora inclusive conservar esa diferencia que posiblemente existiría, sustentó que en este tipo de procesos se ordena trasladar los aportes y la rentabilidad, que no tiene sentido que de acuerdo a la declaratoria ineficacia a título de una sanción de manera tacita se esté ordenando trasladar estos conceptos con base a la sostenibilidad del sistema, cuando no existe prueba que de estos descuentos se sostenga la prestación económica de vejez, que no tiene sentido que para cubrir el desfaldo del sistema se tenga a manera de sanción e imponer a las administradoras a reconocer conceptos que de manera legal fueron descontados, finalmente advirtió que se demostró la rentabilidad de los aportes y el cubrimiento del seguro previsional.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas en su contra, argumentó que para declarar ineficacia por parte de la falladora en primera instancia con respecto al deber de información, sustentó que debió haber sido una obligación probada por parte de POVENIR S.A., ya que entrego una información clara y suficiente sobre los efectos que acarrearía un cambio de Régimen Pensional, explicó que no se valoró que el consentimiento informado para su libre escogencia de Régimen Pensional se materializo con la solicitud de suscripción, documento público que hace constar que el actor lo hizo de forma espontánea, libre y sin presiones, conforme lo exigía el artículo 114 de la ley 100 de 1993, sustento que no se trata de una simple declaración, sino de un requerimiento legal expresado sobre la firma de la parte demandante quien se presume como una persona capaz, advirtió que PORVENIR S.A., siempre le garantizo el derecho al retracto, conducta que se probó con la publicación que se hizo en el diario el tiempo en el año 2004, como lo dispuso la ley, sin que el actor ejerciera dicha facultad, que lo anterior no se valoró como una negligencia de su parte, indicó que con la declaratoria de la ineficacia del traslado entre Regímenes se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada definida en jurisprudencia Constitucional en sentencia C 341 del año 2006, que dice que el poder de las personas es reconocido por el ordenamiento positivo, para disponer con efecto vinculante los intereses, derechos y obligaciones de los que son titulares, siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres; manifestó que sin perjuicio de lo anterior tampoco procede la condena por devolución de los gastos de administración, que con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993, también en el RPMPD, se destina un porcentaje de la cotización a financiar unos gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, que dichos gastos de administración no forman parte de la pensión de vejez, que por ello le es aplicable el fenómeno de la prescripción, alegó que se encuentra inconforme con la condena de devolver estos dineros debidamente indexados, que no procede esta pretensión ya que de ordenarla debe condenarse, que igualmente le correspondería al actor restituir los frutos

financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, que se estaría hablando de restituciones mutuas, que es uno de los efectos jurídicos dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, donde la nulidad de un acto jurídico, la parte que recibió frutos de la relación contractual declarada nula estará en la obligación de restituirlos, que de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS presentó recurso de apelación para que revoque parcialmente la sentencia de primera Instancia, en cuanto a la condena de devolver los gastos de administración debidamente indexados, indicó que conforme a la buena gestión realizada por COLFONDOS S.A., se lograron unos rendimientos que duplicaron los aportes realizados por la parte demandante al RAIS, que no se evidencia perjuicio, señaló que si se declara la nulidad o ineficacia y se trasladan los aportes y rendimientos, estos últimos equiparan y son mayores a las sumas descontadas por gastos de administración, expuso que estos dineros ya no son de la entidad, que los mimos se esgrimen para adquirir la póliza de seguros previsionales y se traslada un porcentaje al Fondo De Solidaridad y que de ser así este último tendría que haber sido integrado a la demanda, para que devolviera los dineros que recibió por concepto de la afiliación del demandante, que de no ser así se incurre en un enriquecimiento sin justa causa al Fondo de Solidaridad, afirmó que de devolver estos dineros indexados se tornaría como una condena en daños y perjuicios, que es una situación fáctica que no fue discutida dentro del presente asunto, que no se allego prueba sumaria donde se demuestre que se generó un daño o se generó perjuicio a los aportes, solicitó hacer una ponderación frente a lo que se descuenta por gastos de administración y los intereses que generaron en la cuenta de ahorro individual, que se tendría que los últimos son mayores, advirtió que no hay lugar a general una condena en contra de COLFONDOS S.A., quien siempre acuto de buena fe y conforme a la normatividad vigente, Maxime cuando esto debe ser discutido a luz de una responsabilidad civil.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque de forma parcial la sentencia de primera Instancia en cuanto las condenas y obligaciones impuestas a COLPENSIONES, argumento que la fecha del traslado realizada por el actor en septiembre del 2000., a la AFP PROTECCION S.A. se presume que no solo fue efectuado en el ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional, advirtió que la afiliación es totalmente valida, que el vicio de consentimiento y la falta de información necesaria no tienen cabida en esta caso , que de conformidad en lo establecido en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, que modifico el literal E del artículo 13 de la ley de 1993, la parte actora no se encuentra dentro del límite temporal allí consagrado para efectuar el traslado entre Regímenes Pensionales, que dado que en la actualidad cuenta con 59 años de edad, que la eventual afiliación de la actor RPMPD, el traslado de los aportes y la corrección de su historia laboral depende de la decisión favorable de este despacho, que en conclusión debe considerarse lo manifestado en la sentencia de la Corte Suprema SL1452,

mediante la aclaración de voto del Magistrado Dr. Rigoberto Echeverry Bueno, donde indicó lo siguiente “ *en mi concepto la ineficacia del traslado no puede predicarse respecto de todos los casos de manera automática y en consulta sino que depende de que las falencias de la información o inexistencia del consentimiento informado hubieren producido un perjuicio claro, cierto y específicamente determinable para que el afiliado en el momento en que se produjo el traslado, como cuando quien pierde el Régimen de Transición sin ser advertido de ello, o como cuando se compromete ostensiblemente nacimiento de un derecho pensional*”, que en el mismo sentido indicó que el afiliado no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia del traslado simplemente porque pasado el tiempo su plan de pensión no resulto acorde con sus aspiraciones, que contrario a ello estimo prudente que se analicen las circunstancias particulares de cada caso y que no se establezcan reglas generales o automáticas que minan la estabilidad del Sistema Pensional y desconocen los principios fundamentales como la autonomía de la voluntad y la libre escogencia del Régimen. Coligió que la declaratoria de la ineficacia del traslado de Régimen Pensional no opera de pleno derecho si no requiere que se analice cada caso en específico, si se cumplió o no por parte de la aseguradora o del Fondo Privado con sus obligaciones legales, que si tal omisión género en el caso en concreto un perjuicio que el mismo merezca un reproche judicial con la misma declaratoria, advirtió que debe tenerse en cuenta lo manifestado en el salvamento de voto del Magistrado Carlos Quiroz Alemán, quien en la misma sentencia previamente anunciada, manifestó lo siguiente “ *entre la deficiencias que puede afectar la validez del acto de traslado existen como quedo expuesta una susceptibles de saneamiento, de manera que no todos los defectos en la formación del acto jurídico darán lugar a la nulidad del mismo, pues en cada caso particular habrá que determinar si hubo o no saneamiento del defecto en la decisión, de manera que no pueden generarse expectativas ni reglas generales de nulidad de traslado*”. Señaló que de los citados se extrae que en cualquier afirmación de lo acaecido en el acto de traslado tiene el potencial de generar la nulidad del mismo, que existen unos que pueden sanearse bien sea por el paso del tiempo o por actos positivos de convalidación del afiliado, como el hecho de efectuar traslados entre AFP'S, simulaciones, proyecciones pensionales o re-asesorías. Concluyo que por lo anterior el señor demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al RAIS, que por ende no se vulnero ninguno de los derechos descriptos en el escrito de la demanda, que contrario sensu al demandante se le respeto su derecho de afiliación al suscribir el formulario con el RAIS, que se debe tener en cuenta que tenía capacidad legal para tomar la decisión, resaltó que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica sin ninguna ponderación ni desigualdad de las partes involucradas en un proceso, que corresponde a cada parte probar el supuesto hecho y atendiendo a sus situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aporta evidencias, que por lo anterior debe tenerse en cuenta la importancia que la

Corte Constitucional le dio a las consecuencia económicas de las diferentes posiciones sobre la sostenibilidad financiera que representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los Colombianos, que de manera sostenida e indefinida y la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre Regímenes Pensionales, quebranta el principio financiero, por lo mismo genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del sistema pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan, que en la mayoría de los casos esos recursos no están presupuestados, finalmente solicito que no se condenara en costas a COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal presentados por PORVENIR S.A. a, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez. Por otro lado que no existió vicio del consentimiento ya que la firma en el documento de afiliación es de manera libre y voluntaria.

Entre tanto la parte demandante petitiona que se dé la confirmación del fallo en primera instancia ya que las AFP, en sus intervenciones manifestaron que no era obligación realizar la proyección, y que no le constaba que información daban los asesores a los potenciales afiliados; además no reposa ningún archivo o informe documental con que se pueda probar el seguimiento que debían hacer a estos asesores.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PROTECCION S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 22 de febrero de 2019 y su respuesta el mismo día. (Archivo 011 expediente administrativo).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito

indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 21 de diciembre de 1959 (Archivo 11 expediente administrativo); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 2 de septiembre de 1986 y el 15 de abril de 1991, 102,43 semanas

(Archivo 11 expediente administrativo); iii) que el 1 de septiembre de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. ING hoy PROTECCIÓN, con fecha de efectividad desde el 1 de noviembre de 2000, posteriormente, el 23 de agosto de 2005, se trasladó a COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad del 1 de octubre de 2005, por último, el 23 de agosto de 2017, se trasladó a PORVENIR S.A., con fecha de efectividad del 1 de octubre de 2017. (fl. 80 Archivo 14) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1455 semanas (fl. 103 y ss. Archivo 14).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte al demandante, Indicó que nació el 21 de diciembre de 1959, que su nivel de estudio e técnico, informo que para el año 2000 prestaba servicio técnico en la Secretaria Distrital de Salud a través de una empresa, que como exigencia para hacer efectivas la cuentas de cobro, la entidad debía adjuntar a los documentos certificado pensión y salud, que su traslado se dio por que una compañera le presento la asesora de la AFP SANTANDER, quien se le presento como representante de PENSIONES SANTANDER, que le informo que si se trasladaba iba a contar con la garantía de un banco internacional, que no iban a tener el riesgo que tenían en la época con el ISS, que los ahorros del ISS los iban a perder que si se afiliaban, ellos mismos se encargaban de trasladarlos y traerlos a su cuenta, que con el Fondo tenían una alta posibilidad de pensionarse anticipadamente, que la pensión era heredable a los hijos, indicó que a la reunión fueron 5 compañeros más, que no duro más de 15 minutos y que la asesora muy amablemente les diligencio el formulario y firmo, que para finalizar les regalo un esfero y una colombina, manifestó que con la información que le dio la asesora de SANTANDER, no vio necesario acercarse a acercase al Seguro Social, si se iba acabar, que el fondo le manifestó una solvencia muy grande y se sintió seguro y tranquilo, expresó que la asesora no le informó sobre los requisitos para pensionarse con anticipación, que no recuerda haber recibido estratos de SANTANDER, que para el año 2005 laboraba para la Clínica Juan N. Corpas, que el empleador les indicó que a partir de la fecha en el año 2005, que en salud debían quedar con SaludCoop, en caja de compensación familiar con Colsubsidio y en pensiones con Colfondos, que le enviaron la asesora a la oficina, ella le diligencio el formulario, que recuerda el nombre “ Doña Araceli” porque era muy querida y conocida en toda la institución y que firmo el formulario, que para el año 2017 realizo un traslado a PORVENIR S.A., indicó que la asesora le dio información por un tiempo más o menos de 15 minutos, que le dijo que él tenía las cesantías en Porvenir, que lo mejor era tener todo en un mismo sitio, exteriorizó que le pareció bien y firmo el traslado, que la asesora no le toco ningún otro tema o le dio otra información, expresó que para el año 2017 tenía entendido que su pensión la heredarían sus hijos, que no recuerda haber radicado algún reclamo o queja por la mala información ante ninguna entidad, ratificó que su motivo para regresar al RPMPD, fue el darse cuenta que no fue bien informado por los fondos de todos los requisitos que tenía que cumplir para pensionarse, que si se pensiona con el RAIS su calidad de vida se vería desmejorada,

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

De ahí que, existió error de hecho cuando ING hoy PROTECCIÓN S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a ING hoy PROTECCIÓN S.A., el 1 de septiembre de 2000, la cual tuvo fecha de efectividad el 1 de noviembre de 2000, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no supe el deber material de efectivamente

instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **MARCO EDUARDO DIAZ AMAYA**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al

régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad COLPENSIONES, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se relevén de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de marzo de 2022, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARCO EDUARDO DIAZ AMAYA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA – PROTECCION S.A, y litis consorcio necesario COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A.** Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de

cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

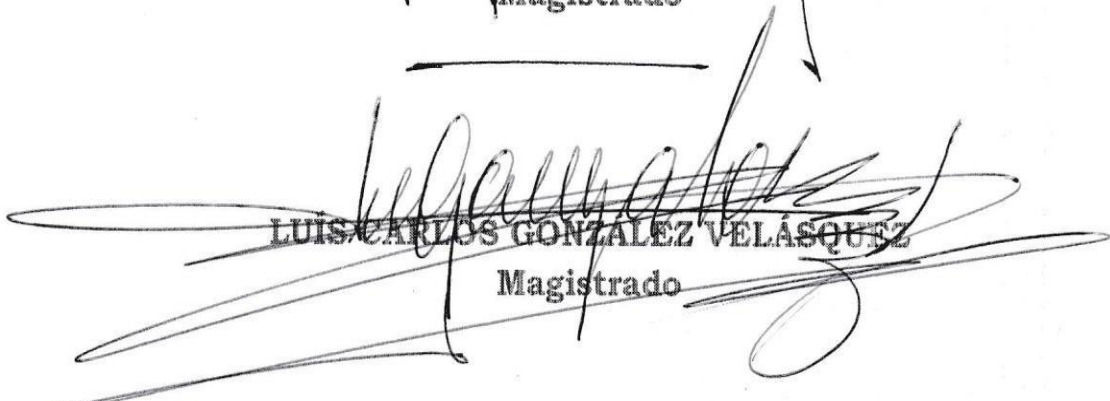
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105015202000438-00

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 04 de abril de 2022, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró JORGE EDUARDO SOTO MEJIA en contra de COLPENSIONES, la AFP COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A., SKANDIA., Y MAPFRE SEGUROS.

ANTECEDENTES

JORGE EDUARDO SOTO MEJIA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A., SKANDIA., Y MAPFRE SEGUROS., para que se Declare la nulidad o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, administrado al momento de la afiliación por la AFP COLFONDOS; que se declare que la demandada AFP COLFONDOS incurrió en omisión al deber legal de informar todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; que en consecuencia de las anteriores declaraciones, que se condene a PROTECCION S.A., en su calidad de administradora a la cual se encuentra afiliado y a

COLPENSIONES, a tramitar de manera inmediata o en un plazo máximo de quince (15) días contados desde la ejecutoria del fallo que ponga fin al proceso, su regreso AUTOMÁTICO al RPMPD Administrado por COLPENSIONES, solicitó que se condene a la AFP PROTECCION S.A., a tramitar de manera inmediata el traslado a COLPENSIONES Administradora del RPMPD, de los valores de su cuenta de Ahorro Individual, correspondiente a las cotizaciones al riesgo derivado de la vejez. Finalmente requirió se condene a las demandadas, a lo ultra y extra petita resulte probado dentro del proceso, como al pago de las Costas y Agencias en Derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el día 22 de noviembre de 1.962, contando a la fecha de presentación de la demanda con 60 años de edad. que cotizó al ISS, un total de 506 semanas. Informó que a partir del 01 de diciembre de 1995 se hizo efectivo su traslado de régimen pensional a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS, que el citado traslado se dio como consecuencia de la suscripción del formulario de solicitud de vinculación número 527720, con fecha de solicitud 29 de noviembre de 1995, que al momento del traslado el demandante laboraba para el Banco Comercial Antioqueño, ocupando el cargo de Gerente De Zona, reveló que la asesora de COLFONDOS ingreso a la empresa Banco Comercial Antioqueño, la cual pertenecía al grupo empresarial Santo Domingo, que a su vez era accionista de COLFONDOS, dicho acceso se dio en la medida que existía un direccionamiento a las empresas del Grupo Santo Domingo de consumir todos los servicios y productos del mismo grupo y no estaba bien visto no hacerlo especialmente por parte de empleados con nivel de liderazgo de AVIANCA, SOFASA, CELUMOVIL, COLSEGUROS, PRODUCTOS BAVARIA, BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO, COLFONDOS entre otros, por lo que no tuvo opción distinta en ese momento que afiliarse por ser parte del equipo de liderazgo, en ese sentido el funcionario de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS diligencio directamente la totalidad del formato de traslado y se limitó a dar una charla general, a fin de divulgar las bondades de afiliarse a COLFONDOS, quien informó al demandante que: Su pensión de vejez sería más favorable si se trasladaba al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS, que se podía pensionar antes de los 60 años de edad, que su pensión sería más alta que la que recibiría si permaneciera en el ISS hoy COLPENSIONES, que el régimen de prima media administrado por e ISS se iba a acabar por lo cual tendría que entrar en liquidación, siendo los fondos la única opción para cotizar; afirmó que la charla efectuada solo contemplo los beneficios del eventual traslado, pero nunca se informó desventaja y características del nuevo régimen pensional, que la charla fue muy breve y general, ya que duró aproximadamente de diez (10) a quince (15) minutos.

Expresó que, que en la charla del mes de noviembre de 1995, el funcionario de la COLFONDOS omitió informarle que: De trasladarse al RAIS, perdería automáticamente el derecho a la aplicación del Régimen de Transición en caso de ser beneficiario del mismo, que el fondo le descontaría una parte de sus aportes obligatorios mensuales por la asesoría para la contratación de renta vitalicia y por la administración de su Cuenta Individual, tal y como lo dispone el literal b) del Artículo 60 de la Ley 100 de 1.993 y que estos descuentos no los realiza el ISS, administradora a la cual se encontraba afiliado, que su caso en particular, de trasladarse al RAIS y si deseaba pensionarse con una pensión superior a un S.M.L.M.V. o antes de los 60 años de edad, tenía que indispensablemente realizar aportes voluntarios,

independientes de los aportes obligatorios que realizaría a través de sus empleadores, mientras que en el ISS, sólo necesitaría 1.000 semanas y 60 años de edad para pensionarse con un porcentaje de pensión que va del 65% al 85% del Ingreso Base de Liquidación, en vigencia de la Ley 100 de 1993, que de trasladarse al RAIS, para pensionarse ANTES de los 60 años de edad, al momento de solicitar la pensión, debía, conforme a lo dispuesto en los Artículos 64 y 65 de la Ley 100 de 1.993, tener en su cuenta de Ahorro Individual un capital que le permitiera financiar una pensión mensual superior al 110% del S.M.L.M.V correspondiente al año 1993 traído a valor presente, capital que en éste momento asciende a más de ciento veinte millones de pesos (\$120.000.000.00) y que de lo contrario, tendría que seguir cotizando hasta cumplir la edad de 60 años, momento en el cual, si acreditaba 1.150 semanas, equivalentes a 23 años de aportes, tendría derecho a una pensión por valor de un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, que ayudaría a financiar el Estado Colombiano; mientras que con el ISS, fondo al cual se encontraba afiliada en la fecha de traslado, no necesitaría capital ahorrado, sólo 1.000 semanas cotizadas y 60 años de edad en vigencia de la ley 100 de 1993, en cuyo caso tendría derecho a una pensión estimada de entre el 65% y el 85% de su ingreso base de liquidación, valor muy superior a un SMLMV., que el bono pensional al que tendría derecho por parte del ISS, sólo se podría hacer exigible y redimible cuando el demandante cumpla 62 años de edad, según lo dispuesto en los Artículos 64 y 67 de la Ley 100 de 1.993, 8.6. que si dejara de laborar o se encontrara cesante y por lo tanto no continuara cotizando, durante el tiempo que estuviera cesante el Fondo seguiría descontándole de su Cuenta de Ahorro Individual la cuota de administración, que si tenía menos de 150 semanas cotizadas al ISS al momento del traslado, perdería este tiempo cotizado, pues no tendría derecho al pago de Bono Pensional por parte del ISS, conforme lo dispone el Parágrafo del Artículo 115 de la Ley 100 de 1.993, que al momento de pensionarse no tendría derecho al pago de las 2 mesadas adicionales de junio y diciembre, si previamente no se verifica que las puede financiar con su ahorro individual y se contrata con el fondo el pago de las mismas, mientras que con el ISS al cual se encontraba afiliada, por el sólo hecho de ser pensionada, tendría derecho a estas mesadas adicionales.; Afirmó que el funcionario de COLFONDOS, no efectuó al momento de la asesoría ningún tipo de simulación o proyección del valor del bono pensional de acuerdo con las semanas aportadas al ISS, y tampoco se suministraron datos de cifras comparativas del valor de la mesada pensional en el ISS hoy COLPENSIONES versus AFP COLFONDOS, que le permitiera haber estudiado y analizado detalladamente cual era la mejor decisión a tomar en relación con su traslado.

Que por lo anterior su decisión no estuvo divamente informada, que no recibió asesoría completa y veraz al momento de efectuar su traslado del ISS a COLFONDOS omitiéndose informar todas las consecuencias y en particular el perjuicio económico que le implicaría su traslado al RAIS, como que tampoco recibió copia del reglamento del fondo de pensiones, ni se le hizo entrega del plan de pensiones de esa administradora, incumpliendo el deber de informar y las obligaciones especiales de las AFP contenidas en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994., fundamentó que COLFONDOS por su naturaleza jurídica y la actividad financiera que desarrolla es una entidad sometida a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, y conforme lo dispuesto en el decreto 663 de 1993, esto es, estatuto orgánico del sistema financiero, por lo cual le asisten las obligaciones de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para

lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado, durante toda su vinculación a COLFONDOS, esta entidad nunca brindo información relativa a su situación pensional, cálculos comparativos o información relativa a su posibilidad de trasladarse al ISS hoy COLPENSIONES en caso de convenirle más este último régimen pensional.

Indicó que el día 02 de enero de 2019, a través de apoderado solicito a la AFP COLFONDOS, que le fuera entregada copia de la afiliación al fondo de pensiones COLFONDOS efectuada en el mes de diciembre de 1995, copia de los soportes suscritos, en los cuales se le haya informado por escrito al momento de la afiliación en el año 1995 o en cualquier otro momento de la afiliación a COLFONDOS, los valores de mesada pensional a recibir en el régimen de ahorro individual, comparado con el valor de mesada pensional a recibir en el RPMPD, que la entidad dio respuesta mediante comunicación de fecha 25 de enero de 2019, remitiendo copia del formulario de traslado, así mismo indico no contar con soportes de la asesoría y de la entrega del reglamento del fondo y plan de pensiones.

Informó que efectuó un traslado entre administradoras del RAIS el 11 de abril de 2000 a la AFP PROTECCION, esto según formulario 5135870., que el traslado horizontal entre las administradoras COLFONDOS y PROTECCION, exteriorizo que no contemplo de ninguna manera la opción de regresar al ISS, solo contemplo la posibilidad o asesoría para trasladarse entre regímenes del RAIS, señaló que el día 02 de enero de 2019, a través de apoderado solicito a la AFP PROTECCION, que le fuera entregada copia de la afiliación al fondo de pensiones PROTECCION S.A. efectuada en el mes de abril del año 2000, y que se le realizara el cálculo pensional respectivo detallando sus variables, en el cual se establezca el valor de la mesada pensional en su fondo una vez cumplirá los 62 años de edad, copia del cálculo pensional comparativo efectuado en el año 2000 como soporte de la asesoría brindada previa a su traslado a esa administradora, los soportes que obren en su poder, en los cuales se le haya informado al momento de la afiliación en el año 2000 o en cualquier otro momento de la afiliación a PROTECCIÓN S.A., los valores de mesada pensional a recibir en el RAIS, comparado con el valor de mesada pensional a recibir en el RPMPD, copia de la asesoría efectuada por parte de la AFP PROTECCION concerniente a la posibilidad del traslado al RPMPD a la luz de la Ley 797 de 2003 durante el periodo comprendido del 29 de enero de 2003 al 28 de enero de 2004, y la copia de la asesoría en el año 2013, año para el cual contaba con 51 años de edad, edad con la cual se hubiera podido trasladar de régimen pensional; entidad que dio respuesta frente a lo solicitado el día 22 de enero de 2019, remitiendo el formulario número 5135970 de fecha 11 de abril de 2000, con el cual se materializo el traslado de COLFONDOS a esa AFP, indicando que no cuentan con el archivo físico que soporte dicha asesoría, así mismo indico no contar con asesoría efectuada para el periodo comprendido del 29 de enero de 2003 al 28 de enero de 2004, a fin de que regresara al ISS, en virtud del año de gracia que estableció la Ley 797 de 2003, ni con soporte de asesoría efectuada en el año 2008, año para el cual contaba con 51 años de edad, edad con la cual se hubiera podido trasladar de régimen pensional, que conforme a lo solicitado efectuó calculo la mesada pensional de mi mandante en esa AFP a la edad de 62 años de \$7.218.180.00.

Indicó que reiteradamente que el día 15 de octubre de 2019, a través de apoderado solicito a la AFP PROTECCION, que se le generara el cálculo pensional respectivo detallando sus variables, en el cual se establezca el valor de la mesada pensional en su fondo una vez cumpla 62 años de edad, comparado con el valor que hubiere recibido a la edad de 62 años en COLPENSIONES conforme el IBL calculado por esa AFP en comunicación CAS-3670279-X2G7D5 del pasado 22 de enero de 2019., informó que la entidad dio respuesta el día 24 de octubre de 2019, mediante comunicación CAS-5113807-H6N5D4, efectuando cálculo del IBL del demandante en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 en cuantía de \$18.248.537.oo., y que así mismo la demandada PROTECCION conforme lo solicitado dio respuesta el día 24 de octubre de 2019 mediante comunicación CAS-5113807-H6N5D4, efectuando cálculo de la mesada pensional de mi mandante en COLPENSIONES a la edad de 62 años, la cual determino en un monto mensual de \$12.865.219.oo.

Comunicó que posteriormente se traslado al interior del RAIS de la AFP ING hoy PROTECCION a la vinculada AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS, que el traslado horizontal entre las administradoras ING hoy PROTECCION a SKANDIA, efectuado el 05 de octubre de 2001, no contemplo de ninguna manera la opción de regresar al ISS, solo contemplo la posibilidad o asesoría para trasladarse entre administradores del RAIS, que el día 28 de julio de 2020, a través de apoderado solicito a la AFP SKANDIA, copia de la afiliación al fondo de pensiones OLD MUTUAL SKANDIA realizada en el mes de octubre de 2009 junto con sus anexos, copia de los soportes que obren en su poder, en los cuales se le haya informado, previamente al traslado horizontal el valor de la mesada pensional a recibir en el RAIS a la edad de 62 años, comparado con el valor de mesada pensional a recibir en el RPMPD a la misma edad, que se le informara si el traslado horizontal efectuado en el mes de octubre de 2009 de la AFP PROTECCION a la AFP OLD MUTUAL SKANDIA, contemplo asesoría a fin de que tuviera como opción su regreso al ISS hoy COLPENSIONES, aportándose copia de la documental que soporte dicha asesoría de haberse efectuad; que la entidad dio respuesta el día 12 de agosto de 2020 con radicado LC-2409, remitiendo el formulario número 524830 de fecha 24 de agosto de 2009 con el cual se materializo el traslado a esa AFP, no aportando con su respuesta documentos alguno que acredite lo solicitado respecto de la asesoría al momento del traslado entre AFP`S, a fin de que optar como opción regresar al ISS hoy COLPENSIONES en algún momento de la vigencia de la afiliación a esa AFP.

Finalmente informó que el día 03 de diciembre de 2019, presento a través de apoderado a COLPENSIONES reclamación administrativa mediante radicado 2019_16208639, a través de la cual solicito la nulidad de su afiliación a la AFP COLFONDOS. Indicó que la entidad dio respuesta frente a la reclamación administrativa presentada, el pasado 04 de diciembre de 2019, mediante comunicación BZ2019_16294651-3589427, negando lo solicitado, encontrándose así agotado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6 del C.P.T.T.S.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas la AFP COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A., SKANDIA., COLPENSIONES Y MAPFRE SEGUROS dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; innominada o genérica y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA.** propone las excepciones de 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; el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; ausencia de configuración de causales de nulidad; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAI; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante; prescripción; buena fe y genérica.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción y caducidad; cobro de lo no debido; buena fe y declaratoria de otras excepciones.

La **SOCIEDAD MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, propuso las excepciones de los actos jurídicos de traslado y afiliación al RAIS y los posteriores traslados entre AFP sin implicar cambio de régimen pensional fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el afiliado se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediados y/o determinados por error o vicio alguno del consentimiento; siendo absolutamente lícitos y válidos; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación del demandante a “SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías s.a.”, legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 04 de abril de 2022, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá; Declaró la ineficacia de la afiliación traslado efectuado por el demandante del RPMPD al de RAIS a través de la AFP COLFONDOS el día 29 de noviembre del año 1995, como consecuencia de lo anterior también declaró ineficaz los traslados horizontales que efectuó a otras administradoras del RAIS; y como consecuencia de lo anterior ordenó a la AFP PROTECCION donde actualmente se encuentra afiliado el demandante, a trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos a la administradora de RPMPD; ordenó a COLPENSIONES a recibir los recursos, reactive la afiliación y que acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera traslado al RAIS como consecuencia natural de esta ineficacia, todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva; no condenó en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva; absolvió de cualquier obligación del presente asunto a las codemandadas OLD MUTUAL hoy SKANDIA y la llamada en garantía, frente a estas declarar demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por estas partes demandadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de la demandada COLPENSIONES., presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de cada una de las pretensiones de la demanda o en el caso que se declare la ineficacia, se ordene la devolución total de la cotización, incluyendo gastos de administración y demás emolumentos a COLPENSIONES. indicó que no pueden declarar la ineficacia de traslado del demandante, teniendo en cuenta que si recibió información al momento de los traslados a los fondos

privados y se le informaron las características del RAIS; advirtió que de acuerdo a la sentencia 3752 del año 2020, son considerados como actos de relacionamiento, que no pueden pasarse por alto en el momento de determinar la ineficacia del traslado, no puede ser tenido en cuenta ya que fue una decisión libre, voluntaria, que no cumplió con las expectativas económicas del demandante; expresó que con el no traslado de la totalidad de la cotización del demandante a COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en sentencia 2877 de 200, que la declaratoria de ineficacia, es restituir las cosas al estado en que se hallarían, sino hubiera existido el acto o contrato, tiene efecto retroactivo si cada una de las partes devuelve a la otra lo que recibió en ocasión del negocio jurídico, toda vez que no produjo efectos entre ellos y el vínculo que existía lo rompió la sentencia que declaró la ineficacia del traslado; manifestó que el restablecimiento debe ser pleno o completo y hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales por porcentajes destinados a pagos pensionales y gastos de administración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte demandante, requiere confirmar en su totalidad la sentencia proferida por el A Quo del pasado del pasado 04 de abril de 2022, porque se el incumplió con la carga de la prueba y como consecuencia de ello la ausencia total de prueba respecto al cumplimiento del deber legal de informar

Por su parte MANPFRE, peticiono mantener inalterable la decisión tomada por el A quo en cuanto en el fallo que se impugna se absolvió, además de ello que esta de acuerdo con todos los sustentos legales que dio el juez en primera instancia para declarar la nulidad del traslado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PROTECCION S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada

vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración; iv) si procede cancelar a COLPENSIONES los perjuicios económicos causados.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 3 de diciembre de 2019 (Fls 40 – 41, archivo 05) y su respuesta el 4 de diciembre de la misma anualidad (Fls. 44 - 46 Archivo 05).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

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

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

información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso". (Negrilla fuera de texto)

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

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

cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 22 de noviembre de 1962 (Archivo 25 expediente administrativo); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 4°. De febrero de 1986 y el 30 de noviembre de 1995, 507,00 semanas (Archivo 25 expediente administrativo); iii) que el 29 de noviembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde el 1.º diciembre del 1995, posteriormente, el 11 de abril de 2000, se trasladó a PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad 1 de junio de 2000, luego, el 8 de julio de 2004, se traslado a ING, con fecha de efectividad del 1 de abril de 2004, subsiguientemente, el 24 de agosto de 2009, se trasladó a SKANDIA S.A., con fecha de efectividad del 1 de octubre de 2009, por último, el 16 de marzo de 2010, se traslado PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad del 1 de mayo de 2010, (Fº 78 archivo 21) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1,800.86 semanas (Fº 23 y ss. archivo 21).

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte al apoderado de COLFONDOS S.A., quien indicó que a su representada le es aplicable las normas del estatuto financiero; expresó que el actor se afilió a COLFONDOS S.A., el día 29 de noviembre de 1995; dijo que dentro de las políticas internas COLFONDOS S.A. da capacitación a los asesores para que brinden a los afiliados información clara, oportuna, concreta, dándole a conocer los requisitos que se requieren para pensionarse en el fondo privado, las características pensionales entre un régimen y otro; indicó que esta información se brindaba de forma verbal, que el único formulario que existe es el formulario de afiliación, aportado a la demanda; manifestó que al actor no se le realizó cálculo del posible monto de la mesada pensional, porque para el año 1995 no existían parámetros establecidos; esto nació a partir del año 2014, con la ley 1148; ostentó que los formularios de afiliación son pre formatos que se utilizan conforme a unas directrices que establece la Superintendencia Financiera y ahí no está la información de los regímenes pensionales; informó que una cosa es la fuerza dominante del empleador y otra muy distinta el fondo privado, que el hecho de pertenecer al mismo grupo en este caso el grupo santo domingo, no puede especular que hay intereses, porque cada persona es libre de afiliarse al fondo de pensiones que pretenda; dijo que el demandante tuvo la oportunidad de sustraerse, que si el empleador le solicito realizar la afiliación debió informar al fondo de dicha situación y en el expediente no reposa ninguna queja.

También absolvió interrogatorio de parte al demandante; indicó que cuenta con 59 años de edad, de profesión Abogado, egresado del año 1986; expresó que no ejerce su carrera, que labora en FINAGRO; expresó que para el año 1995, se encontraba laborando en el Banco Comercial Antioqueño, comenzaba su carrera profesional, era Gerente de Zona, manifestó que el

Gerente Regional del banco, llamo a todos los Gerentes de zona, para informales que COLFONDOS S.A. pertenecía al Grupo Santo domingo, igual que el Banco, que les iban a dar una charla para que se trasladarán del ISS a COLFONDOS S.A.; expresó que una asesora de COLFONDOS S.A. les dio una charla que no duro mucho tiempo, donde les informaban que se debían vincular a dicho fondo para dar ejemplo y conservar su empleo por pertenecer al Grupo Santo domingo; indicó que en base a esta presión por parte de su empleador no tuvo oportunidad de hacer alguna objeción, que la asesora le informó que se iba pensionar con mejores condiciones y más joven; comentó que para el año 1995, había mucha desinformación, intimidación, preocupación acerca del ISS, porque iba desaparecer y no iba tener con que atender las pensiones en un futuro; reveló que la asesora de COLFONDOS S.A. diligenció los formatos de una manera simple, rápida y los hicieron firmar el traslado al RAIS presionados por el empleador, que su consentimiento no fue libre y voluntario; dijo que la asesora de COLFONDOS S.A. no le informo sobre las consecuencias y riesgos; indicó que fue traslado en el año 2000, a laborar a Cali con el Banco Santander, que este trabajaba con PROTECCIÓN S.A. y con el traslado de Medellín a Cali le hicieron el traslado de fondo, muy carente de información, donde tampoco le informaron de las consecuencias y las posibilidades de devolverse al ISS; manifestó que el traslado a SKANDIA lo hizo cuando trabajo con una Financiera, que recibió visita de una asesora que le informo que era muy buena opción, después del traslado no volvió a visitarlo; reveló que posteriormente entro a laborar con el Grupo Bancolombia donde se afilió a PROTECCION S.A. nuevamente; dijo que todos los traslados los realizó sin mayor asesoría, que después de cierto tiempo pregunto por las consecuencias de estar en el RAIS, que se enteró que con los fondos privados los requisitos son más desfavorables, no sabía que el dinero iba a una cuenta de ahorro individual; expresó que nunca se acercó a COLFONDOS S.A., para averiguar sobre su situación pensional, que recibe los extractos de los AFP donde no hay mayor información, pero que aún así nunca tuvo dudas; manifestó que actualmente está laborando, que no se encuentra pensionado, que conoció la existencia de la ley 100 como una noticia; dijo que tenía conocimiento que para pensionarse con el ISS, debía tener un número de semanas cotizadas y una edad; reveló que decidió hacer valer sus derechos laborales devolviéndose al RPMPD, por medio de la demanda, para proteger sus intereses y el futuro de su familia.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A., obligada a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor **JORGE EDUARDO SOTO MEJIA**, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaria bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el

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

De ahí que, existió error de hecho cuando COLFONDOS S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actora a la COLFONDOS S.A., el 29 de noviembre de 1995, la cual tuvo fecha de efectividad en diciembre del 1995, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no supe el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden

público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **JORGE EDUARDO SOTO MEJIA**.

De otra parte, en cuanto a la solicitud elevada por COLPENSIONES, de que sé que adicione el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de también ordenar el reintegro de la cuenta individual de ahorro, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales por porcentajes destinados a pagos pensionales y gastos de administración, basta indicar que, conforme a lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de julio de 2020, con radicado 78667, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS, debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo tanto, dentro de los valores a devolver al RPM, debe incluirse todo aquello que la Administradora privada de pensiones, retuvo a título de cuotas de administración y comisiones, seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional; aclarando que:

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

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

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

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

Teniendo en cuenta lo anterior, se accederá a lo solicitado por COLPENSIONES, en consecuencia, se adicionará el numeral primero de la sentencia apelada, ordenando a PROTECCION S.A., también devolver a COLPENSIONES, los valores descontados al demandante, durante el tiempo que estuvo afiliado a esa Administradora, por concepto gastos de administración, pago de seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima. Así mismo, deberá retornar los valores tales como cotizaciones, rendimientos financieros, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Sin COSTAS en la Instancia. Se confirman las de Primer Grado.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia apelada proferida el 4 de abril de 2022, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de, también condenar a la demandada **la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A**, a devolver a **COLPENSIONES**, las sumas de dinero descontadas de señor **JORGE EDUARDO SOTO MEJIA**, **por concepto** de pago de seguros previsionales, aportes para garantía de pensión mínima, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses

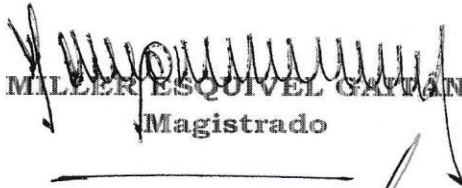
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

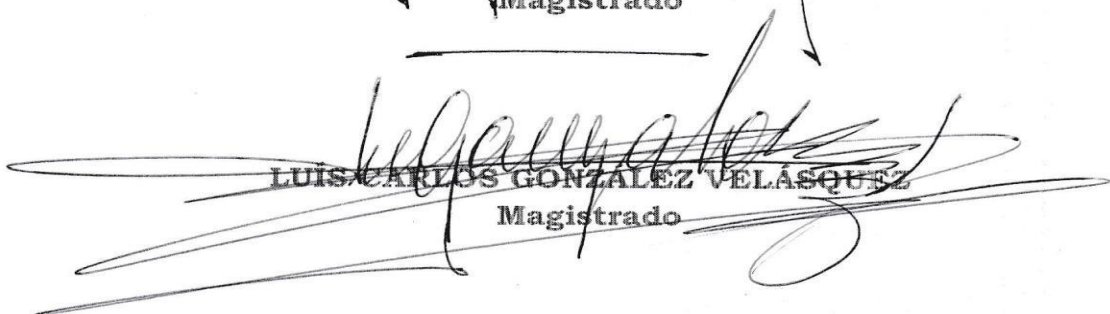
TERCERO: Sin COSTAS en la Instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105016201900277-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 03 de marzo de 2022, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA LUCIA PINEDA AGUIRRE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

MARTHA LUCIA PINEDA AGUIRRE, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad de la solicitud de traslado del RPMPD, administrado por el entonces ISS hoy Colpensiones al RAIS, administrado por la(s) sociedad(es) aquí demandada(s); acto realizado con vicios en el consentimiento, el 3 de agosto de 1994, con fecha de efectividad del 31 de agosto de 1994, que en consecuencia se condene a PROTECCION S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales, realizados en favor de ella, en su vida laboral, por los

diferentes aportantes desde la fecha del traslado 03 de agosto de 1994, hasta el último aporte o ciclo de cotización realizado y acreditado en su cuenta de ahorro individual que administra la administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Protección S.A., que se condene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía PROTECCION S.A., a trasladar a COLPENSIONES la información obtenida a través de las planillas de autoliquidación de aportes y que constituye su historia laboral, desde la fecha en que se dio el traslado 03 de agosto de 1994, hasta la información que corresponda al último aporte o ciclo de cotización acreditado en la cuenta de ahorro individual, que se condene a COLPENSIONES, a anular el registro de traslado objeto de esta demanda, en las bases de datos de afiliación, a recibir y registrar en las bases de datos la información correspondiente a los aportes, que le sean entregados por PROTECCION S.A., obtenida a través de las planillas de autoliquidación de aportes y que constituye su historia laboral, desde la fecha en que se dio el viciado traslado, hasta la información que corresponda al último aporte de cotización acreditado en la cuenta de ahorro individual, en tanto se surten los tramites del presente proceso, finalmente solicitó que se condene en costas a la parte demandada.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 26 de junio de 1963., que a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 55 años de edad, indicó que el 19 de marzo de 1983, se afilió y cotizó como trabajadora de la empresa Banco De Colombia hoy BANCOLOMBIA al ISS hoy Colpensiones, que en agosto del año 1994, sin recibir la información, asesoría necesaria y las explicaciones sobre las diferencias entre los regímenes pensionales establecidos en la ley 100 de 1994, RPMPD y el RAIS. suscribió formulario de traslado de régimen, con la Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías PROTECCION S.A. expuso que laboró hasta el mes de agosto de 2018 vinculada con contrato laboral en BANCOLOMBIA entidad que le sugirió y realizó el traslado de régimen, a PROTECCION S.A., manifiesto que uno de sus trabajadores no suministro explicación alguna e temas como: El valor que debía ahorrar durante su vida laboral y la forma que se liquidaría su mesada pensional, factores que definirían el monto de su pensión a recibir en el RAIS, de acuerdo a sus expectativas de desarrollo laboral; manifestó que se encuentra actualmente vinculada PROTECCIÓN S.A., que la entidad le proyectó el valor de la mesada pensional a la que tendría derecho, obteniendo una mesada pensional de Dos Millones Novecientos Dieciocho Mil Setecientos Sesenta Y Cinco Pesos (\$2.918.765)., que solicitó a COLPENSIONES mediante derecho de petición, que se ordenara la Nulidad de traslado de RPMPD al RAIS, administrado por la PROTECCIÓN S.A. con fecha de radicación del 11 de febrero de 2019, que la entidad dio respuesta de manera negativa, que con lo anterior agota la reclamación administrativa.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inoponibilidad de ser un tercero de buena fe; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; inexistencia de la obligación, presunción legal de los actos administrativos; buena fe e innominada o genérica. (CD fl. 62).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de Inexistencia de la Obligación; falta de causa para pedir; prescripción; buena fe; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; innominada o genérica; 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. (CD, fl. 118).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y excepción genérico. (CD, fl. 132).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 03 de marzo de 2022, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó la demandante desde el RPMPD hacia el RAIS, el día 03 de agosto de 1994, ante el Fondo Horizonte Pensiones y Cesantías, lo cual acarrea la ineficacia del traslado horizontal que realizara en julio de 1998, para la AFP Protección S.A., todo ello debido a la omisión en el deber de información en favor de la demandante; en consecuencia, condenó al actual fondo de pensiones de la demandante AFP PROTECCIÓN S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con destino a COLPENSIONES, incluyendo todos los valores que se hayan decepcionado con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la demandante al RAIS, como capital, intereses, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, condena que se extiende a lo pertinente a la AFP PORVENIR S.A., en razón a las sumas que haya recibido con motivo a las cotizaciones en favor de la demandante. Condenó a la demandada COLPENSIONES a decepcionar la totalidad de los recursos condenados en los numerales anteriores y a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD,, el cual constituye el único régimen en que de forma validad se ha encontrado afiliada la demandante, como así se declara; finalmente declaró no probadas las excepciones propuestas por el externo demandado y condenó en costas de la instancia a la parte demandada, incluyendo los montos de QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$500.000.00 M/CTE) como valor de las agencias en derecho a cargo cada uno de los fondos privados demandados AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP PORVENIR S.A., y el monto de DOSCIENTOS

CINCUENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$250.000.00 M/CTE) a cargo de COLPENSIONES por el mismo concepto de agencia en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas PROTECCION y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, interpone recurso de apelación en los siguientes términos; Indicó que el literal B del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, establece que en el RAIS, que una parte del ahorro primero ira destinado al pago de seguros, segundo a financiar el Fondo de Solidaridad Pensional, tercero a cubrir los gastos de administración entre otros, alegó que es evidente que se destinó un porcentaje preciso a cada necesidad, los cuales fueron descontados por vías legales, explicó que devolver los gastos con cargo a las utilidades, constituye una sobre remuneración injustificada, que se debe tener en cuenta que se generaron unos rendimientos financieros que no van hacer reconocidos por nadie y más ante la afiliación que se declara no haber existido, sin embargo tales consecuencias si existen y deben ser reconocidas, dichos dineros entraron en el patrimonio de PROTECCION S.A. con origen legítimo y legal más allá del futuro o de las consecuencias del negocio jurídico, que fueron destinados a cubrir las provisiones con ocasión a la ley y no al capricho de PROTECCION S.A.; manifestó que PROTECCION S.A. está imposibilitada para recobrar dicho pago a las correspondientes aseguradoras, por consiguiente devolver este dinero a COLPENSIONES tendría que asumirlo con su propio patrimonio, lo cual constituye un enriquecimiento sin causa justa, a favor de la actora y el RPMPD; vulnerando el derecho a la igualdad que le asiste a PROTECCION S.A., que así mismo entraría a perturbar la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones, advirtió que desde el RAIS se han dispuesto los porcentajes que la ley ha previsto para los gastos de administración, fondos de aseguramiento y fondos de pensión mínima, no obstante no se le les ha previsto en el RPMPD, donde las pensiones que se pagan en la actualidad, se financian con los aportes de los afiliados, sin que haya un rendimiento porcentual como en los merados financieros; dijo que la condena en costas es improcedente porque PROTECCION S.A., no cuenta con soporte normativo legal que autorice a realizar un traslado de Régimen Pensional a menos de 10 años de adquirir el derecho; expresó que son los afiliados quienes deben acudir a la jurisdicción a fin de que esta evalúe las condiciones que rodearon en su momento el traslado; indicó que si bien le es posible PROTECCION S.A. devolver el ahorro de la cuenta individual junto con los correspondientes rendimientos, al ser la administradora de esos dineros, que no le es posible a retornar el resto de valores, puesto que pertenecen a prerrogativas pensionales que van más allá de los designios de ella.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas, manifestó que no es procedente declarar la ineficacia del traslado, con un sustento en una falta de información, cuando la actora hace su traslado a HORIZONTE y no a PORVENIR S.A., quien estaba en la obligación jurídica de brindarle una asesoría clara, contundente conforme al artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 15 del Decreto 720 de 1994, que por tal razón, se debe tener en cuenta que conforme a estas normativas, PORVENIR S.A. no estaba en la obligación de aportar documentos distintos al formulario de afiliación, que a pesar de no aportarlos no quiere decir que la información no se haya brindado en debida forma, explicó que para la época de la afiliación la información se brindaba de manera verbal, afirmó que en el interrogatorio de parte la actora manifestó no haber recordado la información que le brindaron los asesores; expreso que se debe tener en consideración lo establecido en la sentencia SL 3752, donde la Ponente Magistrada ANA MARIA MUÑOZ SEGURA, en la que dice *que cuando hay una duda en el deber de información se debe tener en cuenta las actuaciones de los demandantes, dentro del RAIS*, que en este caso no hay una duda de que fue voluntad de la actora estar vinculada al RAIS, administrado por HORIZONTE y después por PROTECCION S.A.; indico que la actora confiesa haber recibido un re-asesoria por parte de PROTECCION S.A. donde se le informó que podía trasladarse estando antes de la prohibición del artículo 2 de la Ley 797, que sin embargo la actora manifestó que quería seguir vinculada al RAIS administrado por PROTECCION S.A.; señaló que llama la atención que la actora, manifestó que no busca la ineficacia por no habersele brindado la información, sino por una expectativa pensional, que no puede pretender devengar una pensión igual al salario que ella devengaba, teniendo en cuenta que lleva 3 años sin generar aportes al Sistema Pensional, que no hay una constancia de cuanto pueda ser la pensión de vejez de la actora en el RAIS, teniendo en cuenta esas particularidades; advirtió que no es procedente devolver los gastos de administración hacia COLPENSIONES, que no hay norma legal, ni constitucional que lo exija, además que en el RPMD, también se destina un porcentaje para dichos gastos de administración, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivientes, que estos gastos de administración no están destinados a financiar la pensión de vejez de los afiliados en ninguno de los 2 Regímenes, que los mismos le pertenecen a PORVENIR S.A., por la excelente gestión en la que se generación los rendimientos de las cotizaciones realizadas por la actora, rendimientos que ya le fueron devueltos cuando se le hizo el traslado a PROTECCION S.A., reveló que la Superintendencia financiera de Colombia, manifestó de manera expresa que cuando hay una ineficacia de traslado del Régimen Pensional, los únicos dineros que se deben trasladar son las cotizaciones junto con los rendimientos, no hace mención en ninguna parte a los gastos de administración o a los seguros previsionales, teniendo en cuenta que este

último le pertenece a la aseguradora que siempre obró de buena fe y en debida forma, respecto al deber asegurado que tenía la actora, explicó que tampoco es posible devolver los gastos adicionales; finalmente solicitó la prescripción de gastos de administración o sumas distintas a las cotizaciones o rendimientos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

COLPENSIONES, presenta alegatos de conclusión para que se dé su absolución en el plazo señalado ya que la afiliación es libre y voluntaria, en la ejecución del traslado si existió consentimiento por parte de la demandante argumenta que los asesores han sido prudentes al brindar toda la información necesaria además que la carga de la prueba versa sobre el actor, también que se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley n.º 2003. 797 en el artículo 2(E).

PORVENIR S.A. por su parte pretende la anulación de la sentencia y de la presencia de cualquier carga coincidente con el traslado porque no hay una razón previsible para cobrar los costos de la administración y el traslado fue efectivo y eficaz, no se encontró afectado el consentimiento.

Finalmente, dentro del plazo especificado, la parte actora solicitó confirmación del juicio porque la información brindada por el fondo no está clara, además de ello incumplió las obligaciones de orientar sobre las consecuencias de traslado de régimen, las ventajas y desventajas por ende no se logró tomar una decisión libre e informada sobre el traslado de régimen de pensional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración iv) si procede la prescripción de gastos de administración o sumas distintas a las cotizaciones o rendimientos.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 11 de febrero de 2019 y su respuesta el 11 de febrero de 2019. (fls 05 a 11).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la

nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 26 de junio de 1963 (fl. 04); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de marzo de 1983 y el 31

de agosto de 1994, 576 semanas (CD, fl. 65 Pág. 12); iii) que el 20 de junio de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de septiembre de 1994, (CD fl. 118, Pág. 59) iv) se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCION S.A. el 07 de julio de 1998, con fecha de efectividad el 01 de septiembre de 1998 (CD fl. 168 Pag, 59) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1050,57 semanas (fl. 37 a 115 Archivo 07).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte a la demandante; indico que nació el día 26 de junio de 1963, estado civil soltera, tiene una hija, de profesión auxiliar contable; que actualmente es ama de casa; expuso que a la empresa donde laboraba, el área de gestión humana los reunió para una charla con unos asesores de HORIZONTE, quienes les informaron que el ISS se iba acabar, que con horizonte se pensionaban con un salario del 110%, que podían pensionarse más jóvenes que en el ISS, que ellos era la mejor opción para trasladarse; manifestó que les sacaron fotocopia de la cedula para validar si eran aptos para el traslado, a la semana les llevaron el formato de afiliación diligenciado para que lo firmaran; expreso que no recuerda si el asesor de HORIZONTE le dijo que pasaría con los aportes en caso de fallecer, que no le explicaron sobre los rendimientos, montos de dinero para pensionarse, no le hablaron de ahorro individual, ni de las características de los dos Regímenes, afirmó que no leyó el formulario, recordó que como beneficiaria siempre colocaba a su hija; que el asesor siempre les dijo que la pensión con HORIZONTE no iba tener ningún problema porque pertenecían al Grupo Gran Colombiano; expreso que nunca le hizo preguntas al asesor porque eran demasiadas personas, pensó que no era necesario; que el traslado que hizo a PROTECCION S.A. lo hizo por que vendieron Bancolombia al SINDICATO y cambiaron el fondo, que el Banco los reunió les informó del cambio a PROTECCION S.A. y les hizo firmar los formularios, que mientras estuvo afiliada a HORIZONTE nunca recibió extractos; manifestó que para el año 2010 recibió una re-asesoria de PROTECCION S.A., donde le preguntaron si quería seguir con PROTECCION S.A. o si quería devolver a COLPENSIONES, indicándole que se podía trasladar del fondo antes de los 10 de cumplir la edad para pensionarse, que después ya no lo podía hacer, que un asesor de PROTECCION S.A., la llevo a una cafetería , le dijo que la mejor opción era que siguiera en el fondo privado, porque COLPENSIONES en cualquier momento se acabaría, aseveró que el asesor no le hizo una proyección pensional, que a los 8 días le llevo el documento pero ella no lo miro bien porque como era un compañero de trabajo confió, que le dijo que después de firmar ya no podía devolverse a COLPENSIONES, testificó pero la re-asesoria nunca fue muy clara, que fue global, muy general; expreso que recibía extractos de PROTECCION S.A. cada año, pero solo validaba que el banco si estuviera haciendo los aportes, que sabe que para poderse pensionar debe cumplir la edad y las semanas de cotización requeridas por el fondo; indico que quiere devolverse a COLPENSIONES porque cuando se

acercó a PROTECCION S.A., después de renunciar al Banco averiguar por la mesada pensional, le dijeron que sería de \$2.918.000 y cuando trabajaba en el Banco el sueldo promedio era de \$9.200.000, consideró que lo que le ofrecieron va en detrimento, porque en la asesoría inicial le dijeron que se pensionaría con el 110% y en COLPENSIONES su mesada pensional sería de \$5.240.000; informo que en su vida laboral solo cambio de empleador una vez como empleada SENA de 1982 a 1985, luego se le acabo el contrato del SENA, en el año 1985 de marzo a junio trabajo con el INSTITUTO NEUROLOGICO, en junio de ese mismo año el Banco la volvió a vincular, duro con ellos 34 años laborando, laboro hasta el 31 de agosto de 2018; finalizo explicando que desde el año 1994, hasta el año 2018, no tuvo cambio de empleador, que se retiró del Banco a raíz del fallecimiento de su señora madre.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a PORVENIR S.A., el 16

de febrero de 1998, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de abril de 1998, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre-forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS **de MARTHA LUCIA PINEDA AGUIRRE.**

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales

como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado de la actora al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de marzo de 2022, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARTHA LUCIA PINEDA AGUIRRE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

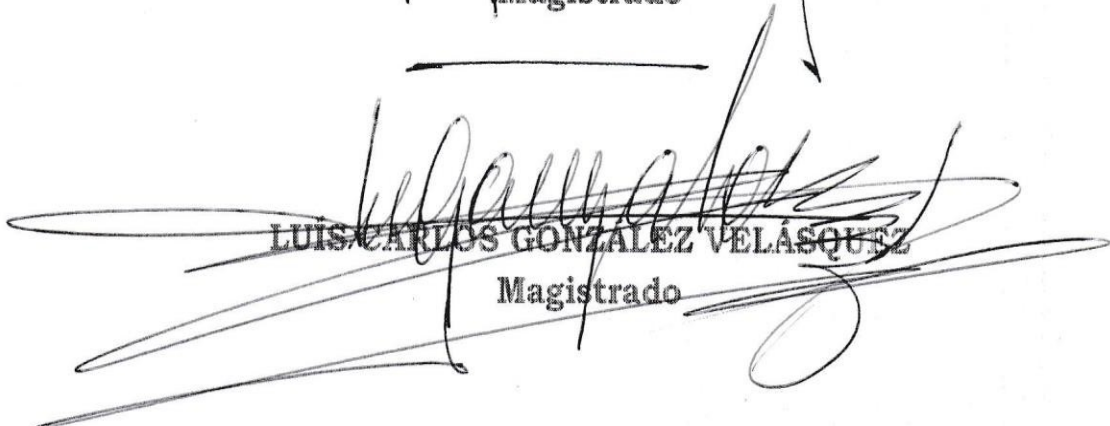
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105017201800471-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (3) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 10 de marzo de 2022, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **YUSED ROMERO PENNA CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

ANTECEDENTES

YUSED ROMERO PENNA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la YUSED ROMERO PENNA CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES., para que se declare la nulidad de la filiación realizada el 30 de junio de 1994, con el Fondo Privado Pensiones y cesantías Horizonte S.A. hoy PORVENIR S.A., que se traslade al RPMPD; que como consecuencia de la nulidad del traslado solicitó se condene a COLPENSIONES, a recibir nuevamente a la demandante en el RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático que representa la nulidad; exigió que se condene a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada, en la no autorización del traslado de la demandante del RAIS al RPMPD, sobre la devolución de los aportes a pensión efectuados en PORVENIR S.A. que se condene a las demandadas al pago de las sumas adeudadas, de conformidad con certificación expedida

por el DANE; finalmente solicitó que se condene a las demandadas en costas y agencias en derecho, así como lo que resulte extra y ultra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 29 de septiembre de 1963., que el día 11 de Julio de 1984, empezó a laborar en el Ministerio De Hacienda Y Crédito Público y se afilío a CAJANAL para que fuera este fondo quien le administrara y recibiera las cotizaciones y aportes a pensión, que laboró con la entidad desde el 11 de Julio de 1984 hasta el 22 de Octubre de 1989, tal y como se desprende en el certificado de información laboral formato No.1, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el 20 de diciembre de 2017, en la ciudad de Bogotá con consecutivo No. 2614 (2 folios); que posteriormente laboro con la entidad Publica Ministerio De Relaciones Exteriores, desde el 23 de Octubre de 1989 hasta el 30 de Junio de 1994, tal y como se desprende en el Certificado de Información Laboral Formato No. 1, expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, el 14 de diciembre de 2017 en la ciudad de Bogotá con consecutivo No. GAPTH 0867-BP (2 folios); indicó que a finales del mes de junio del año 1994, los asesores comerciales de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías HORIZONTE S.A. hoy conocido como Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. motivaron que se trasladara del RPMPD al RAIS, bajo un acoso sistemático, ofreciéndole beneficios superiores a los que podría obtener en su momento con CAJANAL o un fondo de administrado por RPMPD; expresó que por parte de los asesores de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., sufrió engaño y fue asaltada en su buena fe, no solamente por falta de información, sino porque en ningún momento se le indicó que el hecho de trasladarse le generaría perdería de los beneficios que le ofrece el RPMPD, pues bajo este régimen pensional obtendría una mesada pensional mayor acorde con su nivel de vida, tal y como lo corroboran sus compañeros de trabajo los señores Leopoldo Alfredo Charry Solano y Claudia Esperanza Amaya Vargas, advirtió el día 30 de Junio de 1994, se trasladó del RPMPD al RAIS con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías HORIZONTE S.A. hoy conocida como Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., tal y como se verifica en el Formulario de Solicitud de Vinculación N°017271 (1 folio); que continua laborando con la entidad pública Ministerio De Relaciones Exteriores desde el 1 de Julio de 1994, hasta la actualidad, que durante el tiempo laborado, los aportes a pensión están siendo cotizados en PORVENIR S.A. antes HORIZONTE S.A., anunció que PORVENIR S.A. realizó simulación pensional dentro del plan de vida, en la cual proyectó el valor de su mesada pensional cotizando el cien por ciento (100%) del tiempo, suponiendo 5 años en portafolio moderado, para cuando cumpliera 57 años de edad, arrojando como resultado que el valor de su mesada pensional mensual equivalente a la suma de \$1'123.900 tal y como se verifica en la simulación pensional emitida por la AFP PORVENIR S.A., posteriormente se realizó la simulación pensional en el RPMPD, administrado por COLPENSIONES conforme a lo contemplado en la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta los últimos diez (10) años cotizados, aplicando una tasa de remplazo equivalente al sesenta y tres punto cincuenta por ciento (73%), la proyección sería que a sus 57 años de edad, esto es al 29 de septiembre de 2020, obtendría aproximadamente una mesada pensional mensual que equivalente a la suma de \$4'779.170, tal y como se verifica en la simulación pensional efectuada en hoja de cálculo en Excel, que claramente se puede

evidenciar como la mesada pensional es ostensiblemente superior en el RPMPD, administrado por COLPENSIONES; anunció que el día 16 de enero de 2018, radico ante PORVENIR S.A., Derecho de Petición mediante radicado No. 0100222085645200 solicitando el traslado de Régimen Pensional, que para obtener respuesta del Derecho de Petición anteriormente enunciado se vio la necesidad de interponer Tutela con Radicado No. 10014009011-2018 0090, acción que conoció el Juzgado 11 Penal Municipal de Conocimiento - Sistema Penal Acusatorio de Bogotá D.C., que mediante respuesta del día 18 de Mayo de 2018, PORVENIR S.A., manifiesta: "No se accede a su petición, puesto que no cumple con los requisitos del traslado de régimen de acuerdo a lo indicado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ni tampoco cumple con la situación plasmada en la sentencia SU-062 de 2010 proferida por la Corte Constitucional, que el día 26 de Abril de 2018 se radico ante COLPENSIONES, formulario de afiliación al Sistema General de Pensiones, con Radicado No. 2018 4736266, que mediante respuesta bajo radicado No. 2018 4736266-1 COLPENSIONES manifiesta: rechazo - que no es procedente dar trámite a la solicitud, por cuanto la información consultada indican que se presentan inconsistencias en el estado actual de su afiliación y es necesario adelantar un trámite conjunto entre las administradoras de regímenes para definir el estado real de la misma. También comunicó que en la actualidad ha efectuado sus aportes a pensión sobre un salario Base de Cotización superior de (\$5'984.000), tal y como se verifica en la Historia Laboral Consolidada en la Relación de Aportes del 19 de enero de 2018, expedida por la AFP PORVENIR S.A.

aduce que en un caso similar la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Magistrada Ponente Doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, del 22 de Noviembre de 2011, radicado No 33083, señalo: que es deber de los fondos pensionales proporcionar a sus afiliados información clara, verídica, completa y suficiente de la implicación de dejar el anterior régimen y las implicaciones futuras, 22. Adicionalmente la sala se refiere al engaño y afirma que existe en lo que se dice y en lo que no se dice es decir guardar silencio por parte del profesional o funcionario del fondo pensional. Que así mismo en un caso análogo el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Fija Tercera de Decisión de la Sala Laboral del 30 de abril de 2014 señalo: que existe error como Visio que invalida el consentimiento al momento de decidir traslado de régimen ya que dicho consentimiento fue motivado única y exclusivamente por la información que suministraba en su momento la asesora comercial de ventas de la entidad accionada.

Con respecto del agotamiento de la reclamación administrativa, aclaró que su apoderado radico solicitud de traslado de régimen pensional ante COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., mediante Formulario de Afiliación al Sistema General de Pensiones Colpensiones el día 26/04/2018, con radicado No. 2018 4736266 y Derecho de Petición el día 16/01/2018, con colilla de radicación No. 0100222085645200, solicitando la aceptación de la afiliación y su retorno automático, como consecuencia de la nulidad de la afiliación efectuada por mi poderdante a las AFP citada y que de esta forma, se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 6 del Decreto 2158 de 1948, adoptado por el Decreto 4133 de 1948 como legislación permanente y modificado por la Ley 712 de 2001.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD; 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 e innominada o genérica (fls. 95 a 100).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de asesoría pensiona de la administradora; validez de l afiliacion suscrita ante PORVENIR S.A. por la demandante; nulidad de los actos juridicos y las circunstancias que la ley determina para invalidar su existencia; carga de la prueba y inaplicabilidad del precedente judicial.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de marzo de 2022, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por PROTECCIÓN S.A., y declaró no probadas las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Declaró que el traslado de la señora YUSED ROMERO PENNA al RAIS, administrado en su momento por Horizonte S.A., hoy PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

Declaró que la señora ROMERO PENNA se encuentra válidamente afiliada al RPMPD, administrado por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación, sin solución de continuidad, según lo analizado.

Ordenó a la Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR 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, todo con sus frutos e intereses, sin autorizar a efectuar descuento alguno, ni siquiera a

título de gastos de administración, que deberán ser asumidos por PORVENIR S.A., de su propio patrimonio.

Ordenó a COLPENSIONES a recibir el traslado de fondos a favor de la demandante, y convalidarlos en su historia laboral.

Condenó en COSTAS a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A., en firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$900.000 M/Cte. Y se abstuvo de imponer condena en costas a favor de PROTECCIÓN S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de PORVENIR S.A., presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas y pretensiones de la demanda, argumentó que no le asiste al fallador de instancia declarar la Ineficacia del traslado con sustento en una falta de información en la que pudo incurrir PORVENIR S.A. que para el año de 1994, cuando el momento la asesoría, fue atendida por la AFP HORIZONTE, solicito que se tenga en cuenta, que la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL 1452 del 2019, manifestó de manera clara y expresa que en los eventos que se estudie la ineficacia del traslado con sustento en una falta de información, se debe tener en cuenta en el momento que normativa aplicaba para tener este deber de información, es decir que dividió el deber de información en tres momentos según al artículo 97 del Decreto 663 de 1993, la ley 1328 del 2009 y la ley 1748 del 2014; explicó entonces que se debe situar el presente caso en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en el cual estaba obligada la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. a brindar una información clara, completa y comprensible respecto a las características del RAIS y el RPMPD, conforme se hizo por parte de su representada y que prueba de este deber de información para el momento era el formulario de afiliación, alegó que si bien la Corte Suprema a establecido que no puede tenerse el formulario de afiliación como una prueba del consentimiento informado, que para la época que sucedió el traslado este pronunciamiento no existía y que posteriormente se pronunció la Super Intendencia Financiera de Colombia, en circular 19 de 1998, donde se entendía válidamente el consentimiento por parte de los usuarios de trasladarse de régimen pensional con solo la suscripción del formulario de afiliación, advierte que por estas razones no se puede omitir que la AFP HORIZONTE brindo una información verbal en el año de 1.194 a la demandante, en la cual le brindo una asesoría conforme a ley, y no estaba obligada a entregar documentos distintos al formulario de afiliación, que esta obligación nace a partir de la ley 1748 del 2014, aproximadamente 20 años después de que la demandante realizara el traslado hacia la AFP

HORIZONTE, sustentó que la entidad estaba en imposibilidad jurídica de llegarse a imaginar que posteriormente iba a requerir de documentos adicionales para probar el deber de información que estaba a su cargo para la época de 1994, que por ende se recurre al interrogatorio de parte para sustentar la circunstancias en las que se surtieron las asesorías en la que la demandante estuvo presente y en la que se suscribió el traslado de manera libre y voluntaria después de haber recibido la correspondiente información, preciso que en el interrogatorio de parte la demandante confeso a ver recibido información acerca del RAIS y características del mismo, afirmó que lo que impulsa a la demandante a querer un traslado a COLPENSIONES, es el no cumplimiento de una expectativa pensional, indicó que si se apega a lo establecido por el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en ninguna parte la norma dice que cuando los usuarios del Sistema General de Pensiones no hayan cumplido una mera expectativa pensional pueden solicitar la ineficacia del traslado o régimen pensional, sino que, por el contrario dice que se ha de incurrir en la ineficacia del traslado cuando no se ha respetado el derecho a la libre elección de régimen pensional de la demandante, exteriorizó que en este caso no se evidencia en ninguna parte que su representada haya faltado al deber de información ni vulnerado el derecho a la libre elección de la demandante, que nunca se le negó el derecho de trasladarse de régimen pensional, finalmente consideró imposible retornar los gastos de administración hacia COLPENSIONES, argumento que en el RPMPD, también se destina un porcentaje de las cotizaciones a la administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, que estos gastos de administración no están llamados a financiar la prestación de pensión de vejez en ninguno de los dos regímenes, puso de precedente que la Super Intendencia Financiera de Colombia, mediante concepto emitido el 15 enero del año 2020, manifestó que cuando hubiese una ineficacia en el traslado, los únicos dineros que se debían trasladar con destino hacia COLPENSIONES son los concernientes a las cotizaciones y rendimientos, manifestó que la devolución de estos dineros producen un enriquecimiento sin causa a favor de la COLPENSIONES, que no hay una norma ni legal, ni Constitucional que ordene la devolución de los gastos de administración y que los mismos le pertenecen a PORVENIR S.A., por su gestión y generar rendimientos, solicitó se declare la prescripción sobre los gastos de administración o de sumas adicionales distinta a cotizaciones y rendimientos, por cuanto ya dejó de sentado que estos no están llamados a financiar la pensión de vejez y que los mismos no le pertenecen a los afiliados ni a ninguno de los dos regímenes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, PORVENIR S.A., peticiono su absolución afirmando que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento. Tratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que debe decirse es que los afiliados al mismo cuentan con el derecho de

escoger libremente, es decir, que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada el cual suministro la información veraz y completa a cerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes.

Entre tanto, la parte actora, pretende que se confirme la sentencia proferida en primera instancia, en razón a que no quedó verificado que se hubiera brindado por parte del fondo la información clara y precisa al menos sobre las características generales de cada uno de los regímenes pensionales y que el traslado se presentó debido a que fue una intervención arbitraria de su empleador, en atención al interrogatorio de parte formulado por las accionadas a la accionante, donde de manera espontánea se observó una total ausencia de información pertinente y relacionada con las consecuencias del cambio de régimen.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si HORIZONTE Hoy PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 26 de abril de 2018 y su respuesta el mismo día. (Fl. 49).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y

cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 29 de septiembre de 1963 (fl. 4); ii) cotizó en CAJANAL desde el 11 de Julio de 1984 hasta el 22 de Octubre de 1989, (fl. 11); iii) que el 30 de junio de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., (fl. 14) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por la parte actora, con 1438 semanas (fls. 15 y ss).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que para el año 1994, cuando trabajaba en el Ministerio de Relaciones Exteriores, fueron varios Fondos a dar inducción donde los dividieron por grupos y mesas, que fue atendida por un señor de la AFP HORIZONTE, con el que fimo el formulario, ya que fue muy convincente, que lo primero que dijo era que el ISS y CAJANAL se iban acabar, que por esta razón tenía la posibilidad de perder sus aportes, el asesor le informó que la mejor opción que tenía era pasarse a un Fondo Privado, que iba a quedar en transición y que por su edad era la mejor decisión, advirtió que el asesor le hablo de las características del RAIS, tales como: que se podía pensionar con menos edad, que la pensión era heredable por su esposo e hija, que por su edad iba a quedar mejor pensionada, los rendimientos, aportes

voluntarios para aumentar la pensión, bono pensional, señaló que toda esa información la estimuló a firmar el formulario, exteriorizo que el asesor nunca le hablo de RPMPD y sus características, que nunca le informó sobre los requisitos para pensionarse con el RAIS, ni de un capital para pensionarse, que tampoco realizo aportes voluntarios a las AFP., manifestó que antes de realizar el traslado había cotizado 10 años en el RPMPD, que nunca se enteró que el ISS fue reemplazado por COLPENSIONES, que vino a entérese cuando regreso al país, hace más o menos 5 años, que para la época ya había cumplido los 47 años de edad , afirmó que, hace 5 años viene recibiendo los extractos de su cuenta de ahorro individual, pero que no entiende la información allí depositada, aseguró que cuando fue a PORVENIR S.A. a solicitar una proyección pensional por que se acercaba la hora la pensionarse, se sintió engañada, ya que la entidad solo la iba a pensionar con \$1.000.000 de pesos, después de llevar 20 años llevando sus aportes, que no le cumplieron con nada de lo prometido y esta situación la motivo a buscar asesoría de un abogado, manifestó que nunca a solicitado una proyección pensional en COLPENSIONES, que tampoco recuerda a ver diligenciado formulario de afiliación, ni que algún empleador haya realizado aportes en su nombre con AFP PROTECCION, ni recibió por parte de esta entidad alguna información.

Se procedió a recibir el testimonio de la señora CLAUDIA ESPERANZA AMAYA VARGAS, solicitado por la demandante, indicó al despacho que cuenta con 56 años de edad, que conoció a la demandante en el Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando ingreso en el año 1992, se desempeñaban en el área de tecnología y prestaban apoyo a las demás áreas del Ministerio, afirmo no tener ningún vínculo familiar con la demandante ni con ninguna de las entidades demandas, indicó que para el 1994, la Castillería les informó a todos los funcionarios que debían cambiarse de régimen de pensiones por que CAJANAL iba a desaparecer, que los citaron para actualizar la afiliación, para poder generar la siguiente nomina, que la reunión fue con varios fondos privados en varias mesas y les brindaron información acerca del RAIS, reunión que fue muy corta, informó que no conoció a que fondo se trasladó la señora ROMERO, que supone que se trasladó de régimen el mismo día que ella, porque toda la entidad estaba realizando el mismo cambio, que no compartió en la reunión de asesoría con la demandante, no sabe cuánto tiempo duro la misma, ni tuvo conocimiento de que información le dieron para que se trasladara, que si se encontraban en el mismo recinto y en la misma actividad.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A., obligada a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora YUSED ROMERO PENNA, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se

pensionaria bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior, en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993, que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a PORVENIR S.A., el 30 de junio de 1994, es nula.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente

con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **YUSED ROMERO PENNA**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **YUSED ROMERO PENNA CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

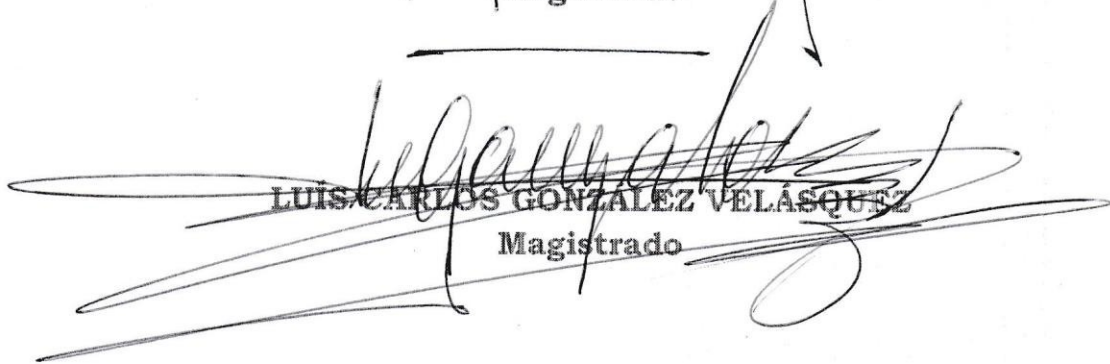
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada de la recurrente y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105018201900787-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCION S.A., AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS y el apoderado de la parte demandante., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 10 de marzo de 2022, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JOSE LUIS LOZANO GOMEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PROTECCION, AFP PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A., Y SKANDIA S.A.** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES al doctor Mauricio Alejandro Capera Bermúdez identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.110.497.079 expedida en Ibagué (Tolima) y portador de la Tarjeta Profesional No. 247.584 del Honorable C.S.J., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

JOSE LUIS LOZANO GOMEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PROTECCION, AFP PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A., Y SKANDIA S.A., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, por lo que resultan nulas o ineficaces sus afiliaciones a los fondos privados COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A; que en consecuencia

de lo anterior se declare que para todos los efectos jurídicos la parte demandante siempre ha permanecido en el RPMPD, administrado actualmente por COLPENSIONES, advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación ya que el traslado al RAIS, no puede producir efectos, al no haberse realizado en forma libre y espontánea, solicitó que se ordene a los fondos privados COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., a la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración, que se ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la parte demandante considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado al RPMPD, a recibir los aportes y rendimientos devueltos por los fondos privados COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., y finalmente, actualizar y corregir la historia laboral de la parte demandante y ponerla a su disposición, requirió condenar a COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante, los cuales estimo en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, o la suma que el juez considere y que se condene en costas a todas las entidades demandadas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 22 de enero de 1959., indicó que a lo largo de su vida laboral ha trabajado para diferentes entidades, que estuvo afiliado al RPMPD, administrado por el ISS, desde el año 1984 hasta el año 1997, informó que el día 21 de marzo de 1997, por no recibir información técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación con COLFONDOS S.A., trasladándose al RAIS, que posteriormente se afilió SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. antes ING S.A. advirtió que ninguno de los fondos mencionados le entregó información técnica, oportuna y adecuada al momento de suscribir el formulario de afiliación, que a la fecha está afiliado a PROTECCIÓN S.A., manifestó que se afilió a dichos fondos por considerar que el RAIS, le era mucho más beneficioso que RPMPD., que una vez comenzó a funcionar el sistema pensional administrado por los fondos privados de pensiones, estos comenzaron a ejercer una publicidad muy agresiva por diferentes medios de comunicación y mediante visitas personales, que los asesores de los fondos privados demandados, encargados de la afiliación y traslados, no contaba con un título ni formación profesional, o con capacitación adecuada alguna, que los acreditara o les permitiera informar o suministrar información completa, veraz y suficiente para tomar la decisión de trasladarse, que ninguno de los Fondos demandados lo advirtieron de los riesgos que existían por trasladarse a este régimen tales como: que la pensión podría ser inferior a la del RPMPD, que eventualmente no se podría pensionar por cuanto el capital sería insuficiente o, que el capital no permitiría tener una pensión similar a la que obtendría en el RPMPD., que el valor de la pensión depende de la modalidad que se escoja. es más, ni siquiera le explicaron las distintas modalidades de la pensión, que la negociación del bono pensional implica un importante sacrificio financiero, que nunca le manifestaron cómo funciona financieramente el fondo privado, que no le advirtieron que era un bono pensional, tampoco le informaron sobre el derecho a retractarse

como lo estipula el Decreto 1161 de 1994. que además omitieron el deber de información que se le exige a los fondos privados, exteriorizo que fue engañado, al afirmarle que, al trasladarse al RAIS la condición pensional sería mucho más ventajosa, que el RPMPD desaparecería, que le convenía trasladarse porque la pensión sería mejor o con un monto mejor, en comparación con el RPMPD, que no había problema, pues en ningún caso su situación sería desventajosa frente a la del RPMPD, que solo tenía que firmar un documento para hacer efectivo el traslado; informó que PROTECCIÓN S.A. le realizó una proyección pensional, que por esto pudo llegar a la conclusión de que el RAIS es mucho más desfavorable que el RPMPD, pues tanto la edad para pensionarse como el monto de la pensión, son muchos más desventajosas, que por lo anterior, es claro que su consentimiento estuvo viciado a la hora de la afiliación a ese Fondo por lo que la decisión adolece de nulidad absoluta. Indicó que presentó solicitud para que se aceptara la nulidad de las afiliaciones ante los fondos privados recibiendo respuesta negativa, que hizo reclamación administrativa ante COLPENSIONES recibiendo respuesta negativa. Alegó que la falsa expectativa creada por los asesores del fondo privado y la incertidumbre sobre el ingreso para subsistir luego de la vida laboral le ha causado un gran impacto emocional, manteniéndolo en un estado de angustia permanente al no tener asegurado un ingreso acorde con la calidad de vida que su salario le ha permitido tener a él y a su núcleo familiar, finalmente invoco que en aplicación a lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al quedar sin efecto la afiliación al RAIS, manifiesto de manera expresa que su intención ha sido y es la de pertenecer al RPMPD, a través de COLPENSIONES.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, AFP PROTECCION y COLFONDOS S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas;

Así mismo notificadas en legal forma las demandadas AFP POVENIR S.A. no dio contestación a la demanda, y OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se evidencia que si bien presento escrito de contestación fue allegado fuera del término legal, por lo tanto, se tuvo por no contestada la demanda. (archivo CD, fl, 133 fls. 35 a 37).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida; excepción error de derecho no vicia el consentimiento; cobro de lo no debido; buena fe; prescripción; imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica. (archivo CD. fl, 136 fls. 21 a 23).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de inexistencia de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la

causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (archivo CD, fl,138 fls. 18 a 20).

PROTECCION S.A., propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento Indevido 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; falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal e Innominada o Genérica. (archivo CD, fl, 131 fls. 28 a 38).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de marzo de 2022, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, Declaró la ineficacia de la afiliación del señor JOSÉ LUIS LOZANO GÓMEZ, al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, suscritas el 21 de marzo de 1997 y el 4 de septiembre de 2008 con efectividad a partir del 22 de marzo de 1997 y 1 de noviembre de 2008, respectivamente, SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS -OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., suscritas el 11 de mayo de 1999 y 26 de abril de 2006 con efectividad a partir del 1 de julio de 1999 y 01 de junio de 2006, respectivamente, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., suscrita el 15 de marzo de 2000 con efectividad al 1 de mayo de 2000; ING hoy PROTECCIÓN S.A., suscrita el día 31 de julio de 2009 con efectividad del día 01 de septiembre de 2009 y suscrita con PROTECCIÓN S.A. el día 31 de diciembre de 2012 en adelante; de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo. Declaró que para todos los efectos legales el demandante, nunca se trasladó al RAIS y en consecuencia siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JOSÉ LUIS LOZANO GÓMEZ, obligatoriamente devolver los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con

cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Ordenó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS -OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación actor obligatoriamente devolver lo que hace falta como son los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES reactivar la afiliación del señor JOSÉ LUIS LOZANO GÓMEZ identificado con C.C. 91.065.169, y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS -OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS. Declaró no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas. Absolvió a todas las demandadas de las demás pretensiones incoadas por el señor JOSÉ LUIS LOZANO GÓMEZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. Condenó en costas de esta instancia a cargo de las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS -OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, en favor de la parte demandante en la suma de \$1.500.000.00 pesos., suma que deberá pagar cada una de las demandadas, sin costas de esta instancia a la demandada COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas apoderados de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCION S.A., AFP PORVENIR S.A. COLFONDOS, y la apoderada de la parte demandante., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

LA APODERADA DE LA PARTE DEMANDANTE interpuso recurso de apelación de manera parcial en contra de la decisión de primera instancia, con respecto a la no condena en costas a COLPENSIONES, argumento que

la entidad también fue vencida en juicio en el proceso, que las pretensiones de la demanda fueron concedidas, alegó que una de las pretensiones fueron las costas, y que esta estuvo debidamente controvertida por la demandada ya que se opuso de manera activa a la misma, que siendo las costas una consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional, que la consecuencia surgió en la primera instancia, solicitó que deben ser estas reconocidas por COLPENSIONES, como lo estipuló el artículo 365 del CGP., que específicamente determina que se condenara en costas a la parte vencida en juicio, exteriorizó que evidentemente COLPENSIONES, es parte y ha sido vencida en juicio dentro del proceso. Finalmente trajo a colación una sentencia del Tribunal Superior De Bogotá, del Dr. Eduardo Carvajalino, radicado 2018 307, invocó que es un caso referente al aquí debatido, donde se revocó la decisión de primera instancia y se condenó en costas a COLPENSIONES.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS interpuso recurso de apelación, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia de manera parcial, con respecto al numeral cuarto, donde se condenó a que se devuelvan los dineros de manera indexada a COLPENSIONES, sustentó que los dineros que se encontraban en la cuenta de ahorro individual ya fueron trasladados a la AFP SKANDIA S.A., donde posteriormente se trasladó el actor, que estos dineros fueron trasladados con frutos y rendimientos, alegó que esta decisión estaría en contravía ya que COLPENSIONES tendría un enriquecimiento sin justa causa, que dichos dineros ya no están en la cabeza de COLFONDOS S.A., advirtió que no es pertinente ordenar la indexación de esas sumas de dinero, indicó que por estar en poder de la AFP los saldos de la cuenta individual del actor están produciendo unos rendimientos mínimos que evitan o compensan la pérdida del poder adquisitivo de dichos rublos.

PROTECCION S.A., interpuso recurso de apelación de manera parcial, con respecto a la condena donde se ordenó a PROTECCION S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los dineros correspondientes a las cuotas de administración y seguros previsionales, sustentó que estos son descuentos legales, exequible y vigentes que se realizan en ambos regímenes, que contrario a lo indicado por la falladora de primera instancia, en el escrito de contestación de la demanda se allegó un certificado de aportes y rendimientos, donde se evidencia discriminadamente cada uno de los rendimientos que han generado meses antes los aportes del actor, advirtió que este documento sustenta plenamente los descuentos que fueron efectuados de estos dineros, especificó que si el demandante hubiese permanecido afiliado al RPMPD, estos descuentos también se hubieran realizado en los mismos porcentajes que en el RAIS, adicionó que estos dineros por disposición legal tienen una destinación definida, que se deben depositar en cuentas diferentes y en ningún momento llegan a afectar el IBL o el valor de la mesada pensional del actor, indicó que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es entender que el demandante siempre estuvo afiliado al RPMPD, aduce que el resultado lógico de esta declaratoria debería ser,

ordenar el traslado solamente de los dineros correspondiente a los aportes más los rendimientos que estos generaron bajo la administración de COLPENSIONES, que es de público conocimiento que la rentabilidad del RAIS supera por mucho al RPMPD, advierte que consecuentemente esta condena hace que COLPENSIONES incurra en un enriquecimiento sin justa causa toda vez que está recibiendo dineros correspondientes a los rendimientos que son el fruto de una gestión que llevo a cabo PROTECCION S.A., que adicionalmente recibirá el valor de las cuotas de administración, que son la contraprestación que por ley se le debe a PROTECCION S.A., por haber generado esos rendimientos que incrementan el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante en más de \$ 500.000.000 millones de pesos, finalmente solicitó que se aplique la prescripción a los dineros correspondientes a la cuotas de administración y seguros previsionales toda vez que su función no es financiar la mesada pensional.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas, argumentó que PORVENIR S.A. se aparta de la decisión tomada por el despacho, que no tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, donde se fundamentó la ineficacia del traslado, que no se puede perder de vista que la conducta que se pretende enjuiciar no es la falta del deber de información como se ha establecido allí, sino el potencial constreñimiento que puede ejercer el empleador sobre sus trabajadores al momento de determinar que régimen pensional o a que administradora de pensiones desea vincularse el empleado, indicó que el soporte de dicha afirmación es el nombre que da el artículo “ SANCIONES PARA EL EMPLEADOR”, que en tal sentido la consecuencia jurídica que se aprecia es dejar el traslado sin los efectos ya en sede administrativa, que además impone posibilidad de generar una multa en contra del empleador, más aun cuando es una conducta que no esta calificada y que pueda ser cumplida por el empleador, por el Fondo de Pensiones o por cualquier tercero, expresó que no se puede negar que sea con ocasión de la falta de un deber de la información como quiera que el legislador de haber creado esa sanción de manera especial lo habría hecho con respecto solo al Fondo Pensiones y habría hablado de la información, advirtió que para la fecha en que se realizó el traslado de régimen pensional, así como la vinculación que tuvo con PORVENIR S.A., debe tenerse en cuenta que no existía una prueba adicional al formulario que permitiera dar cuenta no solo de la existencia sino de eficacia, con lo cual se obliga al Fondo acreditar algo más allá, con documentos que no eran exigibles para la época, cuando la asesoría se realizaba de carácter verbal dadas la precisiones de los Decretos 656 y 692 del año 1994, alegó que la Corte ha aclarado con sentencia posterior de la sala de descongestión No 4, que no se puede perder de vista que el articulo No 898 del C.C., ha establecido que se ratifique de manera posterior al traslado el negocio jurídico, donde se valida plenamente el traslado, advirtió que si era posible subsanar dicho traslado de régimen pensional, que la

nulidad del el mismo no puede ser motivado por una presunta falta de correspondencia entre las expectativas pensionales que pueda llegar a tener el afiliado y lo que ofrece al final el Fondo, afirmó que esa discrepancia no es un motivo suficiente ya que la finalidad del régimen pensional es el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no se está comprando una prima de seguros en la que se busque cubrir una determinada mensualidad a un determinado valor como lo estableció el demandante en el interrogatorio de parte, que lo hizo ver como motivo para dar tránsito a las pretensiones de la demanda, señaló que en lo que respecta al deber de restituir todo lo que se encuentra en la cuenta de ahorro individual del demandante, PORVENIR S.A., no cuenta con ninguna suma en su favor, habida cuenta que con el traslado realizado a otra AFP, fueron transferidos todos los dineros y no tiene como devolverlos, que en cuanto a los gastos de administración el despacho en su fallo sostiene en la parte motiva, que se debe proteger el principio de la equivalencia para salvaguardar COLPENSIONES, afirmó que el despacho perdió de vista en la condena que profirió, el 16 % del aporte mensual el 13% se restituye plenamente con lo que tiene que restituir PROTECCION S.A., como quiera que esta AFP, recibió de los otros Fondos Administradores el valor correspondiente AL 11, 5% del aporte neto y el 1,5% de lo que se ha apropiado para el Fondo de garantía de la pensión mínima, aduce que son suficientes las razones con las que quedo demostrado que se devolvió todo lo que se encontraba en la cuenta de ahorro individual, que 3% restante no entra a dicha cuenta, afirmó que ordenar la devolución de estos dineros es antitécnico, que fueron destinados a otras cuentas, que tuvieron un consumo mensual, que el demandante del año 2000 al 2006 tuvo cubiertos sus riesgos de invalidez y muerte, que en tal sentido sería tanto como asegurar que no nació a la vida jurídica la obligación de asegurar esos tiempos, que de haber acaecido una situación de invalidez o pensión de sobrevivientes no se hubiera podido remediar , además de lo anterior se le generaría un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, finalmente solicito se revoque la condena en costas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que en el caso en particular y con el fin de evitar reglas generales y automáticas que permitan el traslado de régimen pensional bajo cualquier circunstancia, que de acuerdo a la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura, SL 1452 del 2019, que mediante la aclaración de voto del Magistrado Dr. Rigoberto Echeverry Bueno, donde indicó que en atención a los múltiples pronunciamientos que se han realizado en las Altas Cortes y en los que se han fijado parámetros para el análisis de las pretensiones frente a la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional, que no se puede dejar de lado la particularidad de cada caso, alegó que también ha sido objeto de análisis de los Órganos de Cierre, que en el presente asunto se encuentran frente a una persona capaz, consciente y con una calidades académicas y profesionales

especialmente altas, aduce que frente a estas particularidades se puede establecer que la decisión que tomo frente a la afiliación al RAIS y que estuvo en varios Fondos pertenecientes al RAIS, con traslados horizontales, fueron decisiones debidamente informadas, concluyo que el demandante tomo una decisión precedida de la información necesaria para concluir que el traslado era la opción más viable para su intereses futuros y que en ese entendido no puede considerarse que factores como fluctuación en el mercado del trabajo, evolución de los salarios del demandante y otras variables que representan mayor o menor réditos, no son razones suficientes para considerar que no se le suministro toda la información necesaria para presidir las consecuencias de su futuro pensional, indicó que la parte demandante lo que busca es retornar al RPMPD, buscando un beneficio a su mesada pensional, decisión que tomo estando dentro de la prohibición del traslado, que no lo realizó durante los últimos 10 años, alegó que existe una conveniencia de pertenecer a uno u otro régimen, le resulto pertinente aclarar que para los casos que a estudiado la Corte Constitucional donde una persona perdía la transición o para quienes habían cumplido uno de los dos requisitos dispuestos en la ley para alcanzar la pensión en el RPMPD, incluso para quienes tenían una expectativa cercana de acceso a la prestación, que el demandante no se encuentra en ninguna de las anteriores consecuencias, que el demandante suscribió los formularios de afiliación, que las obligaciones no recaen solo sobre los Fondos de Pensiones, sino también sobre los demandantes afiliados al RAIS, obligaciones que son reciprocas entre las partes, le explicó que las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio del consentimiento al momento que decidió su afiliación dentro de las opciones que ley le daba y aun más cuando hizo traslados horizontales entre los Fondos Privados, que sumado a ello dicha obligación de los fondos de emitir herramientas financieras y proyecciones pensionales a los potenciales afiliados, nació con el Decreto 2071 del 2015, es decir con posterioridad al traslado del demandante, también revelo que con la sentencia analizada por el despacho, existe una carga dinámica de la prueba que fue de manera genérica y no en partes iguales, existiendo desigualdad en las partes involucradas en el proceso y que aun más COLPENSIONES que ha sido afectada con las pretensiones del demandante, todo esto con lo preceptuado en el artículo 167 de la ley 1564 de 2012, en donde expone que quien afirma la ocurrencia de un hecho es quien lo debe soportar probatoriamente, finalizo diciendo que no se puede alegar la ignorancia de la ley para justificar una decisión tomada hace más de 10 años, decisión que se vio ratificada con los traslados horizontales, que afecta a COLPENSIONES en el Sistema Financiero Pensional, pues activar la afiliación al RPMPD del demandante, lo colocaría en desigualdad con quienes si han guardado fidelidad en el sistema y tienen una expectativa futura de una pensión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Estando dentro del termino prudente COLFONDOS S.A., peticiono revocar el fallo de primera instancia del Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito

de Bogotá, D.C., y en su lugar que sea absuelto de todas las pretensiones de la demanda, toda vez que atendiendo al objeto de la pretensión, esto es, la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A, es claro que la entidad que represento, brindó información cierta y suficiente a la aquí demandante, quien realizó traslado de régimen de manera libre y voluntaria, adicionalmente no hizo uso del derecho de retracto que le asistía.

Por su parte COLPENSIONES Y PORVENIR solicitan que se revoque la sentencia proferida en primera instancia en cuanto el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal, en la cual debió cambiarse de régimen dentro de los diez años anteriores en que se le causar su derecho de pensión, además de ello que se afiliado a diferentes fondos privados, no solo a PORVENIR, es decir que todos estos formularios los suscribió de manera libre y voluntaria.

Finalmente, la parte demandante, se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda, solicitando confirmar la decisión del juez de primera instancia por cuanto como quedó demostrado en el proceso, las Administradoras de fondos de pensiones privadas, incumplieron su deber de información y te brindar un debido acompañamiento a la afiliada de acuerdo a su situación real de pensión.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 19 de septiembre de 2019 y su respuesta el 23 de septiembre de la misma anualidad. (fls 46 – 47).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

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

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

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

beneficiarios.

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 22 de enero de 1956 (fl. 18); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de abril de 1984 y el 28 de febrero de 1997, 379,57 semanas (fls. 25 a 27); iii) que el 21 de marzo de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A, con fecha de efectividad desde el 22 de marzo de 1997, luego se trasladó a SKANDIA S.A., el 11 de mayo de 1999, con fecha de efectividad el 1 de julio de 1999, posteriormente se trasladó a Porvenir S.A. el 15 de marzo de 2000, con fecha de efectividad 1 de mayo de 2000, subsiguientemente se trasladó nuevamente a SKANDIA S.A, el 26 de abril de 2006, con fecha de efectividad 1 de junio de 2006, consecutivamente se traslado a COLNFODOS S.A., el 4 de septiembre de

2008, con fecha de efectividad el 1 de noviembre de 2008, luego el 31 de julio de 2009, se trasladó a ING, con fecha de efectividad 1 de septiembre de 2009, por último, se trasladó a PROTECCION S.A., el 31 de diciembre de 2012, con fecha de efectividad el 31 de diciembre de 2012. (fl. 90 Archivo 131) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1892,29 semanas (fl. 46 a 63 Archivo 131).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que actualmente se encuentra vinculado a la AFP ING, que entiende que hoy en día es PROTECCION S.A., que se trasladó del RPMPD al RAIS en los primeros meses de 1997, con AFP COLFONDOS, indicó que al momento de realizar el traslado no recibió ningún tipo de asesoría, que fue abordado en su sitio de trabajo por una funcionaria de COLFONDOS S.A., quien le generaba confianza por que ya llevaba tiempo viéndola en las oficinas y en el campamento donde realizaba el trabajo de campo, que ella le pregunto: ¿qué si quería seguir perdiendo plata?, que le brindo información del ISS, donde le señaló que se iba acabar y que esos dineros se perderían, que también le pregunto cuantas semanas tenia cotizadas en el ISS, a lo que le respondió que no sabía, que con lo anterior lo motivo a suscribir el traslado, expresó que la asesora le ofreció enviarle información periódicamente de los aportes, que ella le dijo, que el resto de su información la conseguía con recursos humanos, afirmo que fue una entrevista muy corta de 5 minutos más o menos, admitió que dos años después del traslado a la AFP COLFONDOS, realizo varios traslados con diferentes Administradoras de Fondos, motivados por las frecuentes visitas de los asesores donde unos fondos hablaban mal de los otros, que unos decían ser internacionales, los otros competían con la entrega de extractos, afirmó que con situaciones engañosas e información incompleta sin ningún documento como soporte, se trasladaba, que la insistencia era que trasladarse era el mayor beneficio para el trabajador, que nunca firmo un documento donde constaran los términos de las asesorías, que todas fueron visitas individuales en su sitio de trabajo, todos coincidían en decir firme aquí, que toda la información que requerían la conseguían en recursos humanos, que nunca recibió copia de los formularios de suscripción, que no recuerda a ver colocado en los formularios el numero de la cedula o la huella, solo recordó a ver firmado por que estaba convencido que era su mejor opción, aseguró que nunca se acercó a COLPENSIONES a solicitar asesoría sobre la pensión, manifestó que el año 2016, cuando tenia cumplidos 60 años de edad, se acerco a la oficina de PROTECCION S.A., que queda en la esquina del Centro Comercial Andino, que sus razones fueron porque hacía mucho tiempo no recibía un extracto, que pretendió saber su situación ya que estaba cercano a cumplir la edad para pensionarse, reveló que la asesora le comunicó que él tenía una buena base de cotización, que no debía estar en los Fondos Privados, que le pregunto, ¿por qué no se paso para COLPENSIONES?, a lo que el le respondió que nadie le aviso y no tenia conocimiento, que la asesora le dijo que no tenían obligación de avisar ni de dar esa clase de información, pero le aseguro que en el Fondo se iba a jubilar muy mal, exteriorizó que a partir

de ese momento quedo en una situación de angustia, sintiéndose engañado y en una situación de depresión, enunció que se quedó sin ganas de vivir pensando con que le iba a responder por su familia, finalizo diciendo que el fin de RPMPD, es subsanar el engaño del que fue víctima, que él se encontraba en el ISS, y que de ahí no debió haber salido, que fue engañado hasta el año 2016, donde pensaba que en el Fondo estaba seguro y que podía disfrutar su vejez con una buena pensión, que trabajo por más de 40 años, que se encuentra cansado, que tiene múltiples responsabilidades que le generan estrés, indicó que si se pudiera jubilarse inmediatamente lo haría, pero que primero necesita regresar a COLPENSIONES.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando COLFONDOS S.A, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a COLFONDOS S.A., el 21 de marzo de 1997, la cual tuvo fecha de efectividad el 22 de marzo de 1997, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera

extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no sule el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **JOSE LUIS LOZANO GOMEZ**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben

retornar del régimen de ahorro individual por parte de PROTECCION S.A., tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada hasta este punto.

Ahora bien, en cuanto al punto de apelación de la parte actora se tiene que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad COLPENSIONES no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de las demandadas de que se les relevara la condena en costas reitera esta Sala, lo dispuesto en el artículo

365 del CGP, dichos argumentos, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral Octavo de la sentencia apelada proferida el 10 de marzo de 2022, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de, también condenar en costas a COLPENSIONES en primera instancia y a favor del demandante. Tásense, por las razones expuestas con anterioridad.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

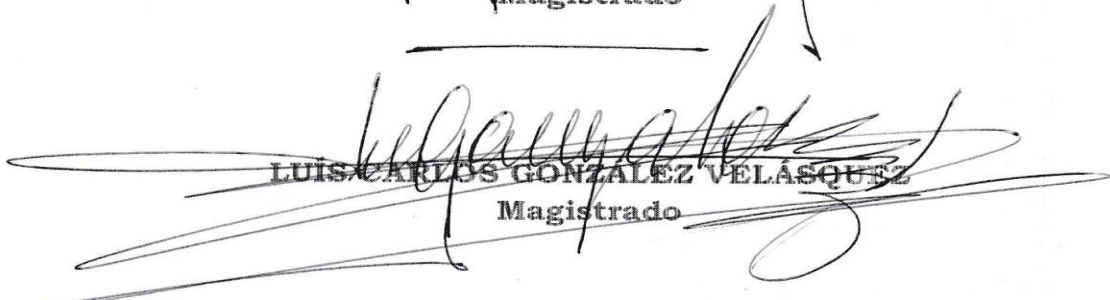
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas **COLPENSIONES, PROTECCION S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105022202100198-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 10 de marzo de 2022, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ANGELA MARÍA FERNÁNDEZ DELGADO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.** no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES al doctor Nicolas Ramírez Muñoz, con Cedula de ciudadanía No. 1.018.463.893 de Bogotá, con la Tarjeta Profesional No. 302039 del C. S. de la J.r. en los términos y para los efectos de los poderes.

ANTECEDENTES

ANGELA MARÍA FERNÁNDEZ DELGADO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, administrado por PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., solicitó que se declare, que para efectos pensionales continúa afiliada al RPMPD, hoy administrado por COLPENSIONES; que se ordene a PORVENIR S.A., fondo al que actualmente se encuentra vinculada, a devolver los aportes al RPMPD - COLPENSIONES, igualmente solicitó se condene a PORVENIR S.A. y SKANDIA Administradora De Fondos De Pensiones Y

Cesantías S.A, a la devolución de los aportes a COLPENSIONES, que se condene a la parte demandada a pagar las costas procesales y agencias en derecho correspondiente y efectuar las declaraciones y condenas extra y ultra petita a que hubiere lugar.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 28 de octubre de 1962., que actualmente cuenta con 58 años de edad; indicó que estuvo afiliada al Sistema General de Pensiones, en el RPMPD, hoy administrado por COLPENSIONES hasta el año de 1994., se trasladó al RAIS, a través del Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con fecha de solicitud de vinculación el 14 de junio de 1994, según consta en formulario de afiliación; afirmó que respecto al formulario de afiliación del cambio de régimen, de fecha 14 de junio de 1994, la casilla que hace referencia a los beneficiarios, se encuentra vacía, por lo que no cumple con los requisitos establecidos por el decreto 692 de 1994, artículo 11, y que podría considerarse que desde un principio no tiene validez; dijo que el asesor del fondo privado administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, la abordó en su consultorio, en el espacio entre consulta y consulta, que este le indicó muy rápidamente que el I.S.S, estaba en quiebra y se iba a liquidar, que en consecuencia perderían todo el tiempo cotizado y que en el fondo las pensiones eran mucho mejor, que le dijo que este era el motivo por el cual debía cambiarse en ese momento. aclaró que el espacio entre consulta y consulta es demasiado corto, por lo que está claro que no hubo ninguna clase de asesoría, que no le suministro ninguna información previa a la afiliación sobre la manera de cómo se liquidaría la pensión, ni información financiera sobre los requisitos que debía cumplir en el RAIS para llegar a obtener una pensión, ni tampoco los pros y los contras que le ocasionarían el traslado de régimen, expreso que la información subministrada no fue técnica, que el promotor estaba en el deber legal de suministrar información veraz y oportuna, que no fue advertida sobre el riesgo y consecuencias negativas que le generaría tal traslado. que el Fondo no se desplegó ninguna actividad de asesoramiento e información que le permitiera a ella valorar las consecuencias de su traslado del RPMPD, al RAIS., alega que el asesor de la administradora de pensiones no obro con transparencia, vigilancia, y el deber de información el cual debió prestarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta culminar con el señalamiento preciso de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible, lo cual implica estudios financieros de alta complejidad, actuando con la prudencia de saber el valor y el alcance que debe tener al orientar al potencial afiliado, máximo cuando se encontraba frente a la decisión de elección del régimen pensional; informó que el 19 de mayo de 1999, hizo una segunda afiliación a PORVENIR S.A, que el formulario no cuenta con la correspondiente firma del empleador o representante legal, por lo que no se encuentra diligenciado completamente como estipula la norma; que también el 7 de mayo del 2010, suscribió formulario de afiliación con SKANDIA S.A, cuando ya contaba con 48 años de edad; finalmente en marzo del año 2011, realizó traslado a PORVENIR S.A, formulario que no fue allegado cuando se realizó reclamación administrativa el 11 de febrero del año 2021. Informó que en la historia laboral emitida por PORVENIR S.A, el 19 de enero del 2021, en el numeral B, manifiestan que el periodo comprendido entre diciembre de 1995 a julio de 1999, la administradora de origen era COLPENSIONES, encontrándose una irregularidad en la misma, ya que el formulario de afiliación de cambio de régimen es de fecha 14 de junio de 1994; que presento el 11 de febrero

del 2021 ante PORVENIR S.A, solicitud de nulidad de afiliación, el cual fue negado mediante oficio número 0100223025491200; así mismo presento el 11 de febrero del 2021 de ante SKANDIA S.A, solicitud de nulidad de afiliación, el cual fue negado mediante oficio número LC-0618 del 1 de marzo del 2021., finalmente presento el 11 de febrero del 2021 ante la COLPENSIONES, solicitud de nulidad de afiliación, el cual fue negado mediante oficio BZ2021_16329630351239.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; innominada o genérica (archivo 007, fls. 52 a 58).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 005, fls. 22 a 23).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.**, actos de relacionamiento; SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; ausencia de configuración de causales de nulidad; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al rais; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante; lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable; prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración; buena fe; buena fe (archivo 006, fls. 22 a 23).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de marzo de 2022, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la señora ÁNGELA MARÍA FERNÁNDEZ DELGADO, al RAIS, acaecido el

14 de junio de 1994. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el RPMPD; ordenó a PORVENIR S.A. fondo al que se encuentra afiliada actualmente la demandante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima; condenó a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES. Así mismo condenó a la AFP SKANDIA S.A., a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas, conforme quedó explicado precedentemente. Ordenó a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A. y a efectuar los ajustes en la historia pensional de la demandante, conforme quedó explicado en la providencia. Equivalentemente declaró, que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de la providencia. Finalmente condenó en costas a las demandadas PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. y fijó como agencias en derecho cada una en la suma de \$2.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, por dos razones, la primera, que no comparte la apreciación que hace el despacho de primera instancia, del artículo 2 de ley 797 de 2003, que modificó el literal E del artículo 3 de la ley 100 de 1993, toda vez que el despacho le da un análisis a la normativa prescriptiva o intuitiva del derecho y no aplica la prohibición legal en la cual se encuentra el demandante, que es de anotar, que es una legislación que se encuentra vigente y no ha sido declarada inexecutable, de ninguna manera el legislador creó esta regla para prescribir o extinguir derechos pensionales, toda vez que la demandante cuando cumpla con los requisitos de ley en uno u otro régimen será pensionada por vejez, aduce que esta normativa fue creada para salvaguardar el principio de solidaridad de los regímenes de pensionales y la fidelidad de cotización de los afiliados; en segundo lugar solicitó se analice cual es el papel de COLPENSIONES, en este tipo de

procesos, ya que la jurisprudencia de la Corte Suprema es decantada y pacífica, en ninguno de sus pronunciamientos son sobre el papel de COLPENSIONES como tercero de buena fe; hace un llamado ya que es la entidad más afectada con este tipo de sentencias, por que generan un desbalance en el Sistema Financiero del RPMPD, alega que está demostrado que el traslado de dinero, gastos de administración y rendimientos financieros al RPMPD, no alcanza sino a cubrir la pensión de una persona, siendo la pensión mínima por un tiempo máximo de 10 años, explica que de ahí en adelante será el régimen quien entre a subsidiar las pensiones, aclaró que esta no es la naturaleza del RPMPD, indicó que por tal razón el desbalance financiero si existe, y que por tal razón COLPENSIONES está cargando con consecuencias de actos jurídicos celebrados por terceros.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas, argumentó que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, indicó que quedo acreditado que el traslado de la actora a la AFP HORIZONTE, fue de manera libre y voluntaria, que posterior a ello realizo diferentes afiliaciones y traslados dentro de RAIS, en los cuales ejerció su derecho de movilidad, recibiendo información de cada Fondos, fundamenta que si bien la actora manifestó que no se le brindo la información, con la circunstancias de tiempo, modo y lugar, no quiere decir que las AFP llamadas a juicio no hayan cumplido con el deber de informar, afirmo que esa información se le entregó de manera verbal, de acuerdo a la ilustración de la características, condiciones, efectos y riesgos de su afiliación al RAIS frente al RPMPD, tal como lo establecía la normas vigentes para el momento de los traslados realizados por la demandante; reveló que en cuanto a la última afiliación realizada por la demandante con PORVENIR S.A., que data del 2011, la misma ya se encontraba incurso en la provisión legal del traslado, toda vez que tenia hasta el 28 de octubre del año 2009, para trasladarse de manera administrativa y obstante POEVERNIR S.A. le brindo la información concerniente a la afiliación, sin perderle negar el derecho de afiliación al Fondo ya que no podía regresar a COLPENSIONES, sostiene entonces que se acredito en el interrogatorio que la actora conocía las condiciones del RAIS, que hizo ahorros dentro de este régimen y se beneficio de los aspectos propios del RAIS, exteriorizó que no se puede entender como omisión de la AFP en cuanto la información; solicitó que en caso de ser confirmada la sentencia de primera instancia, se revoque parcialmente el segundo punto y se ordene solamente la devolución de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, ya que el bono pensional no ha sido redimido y este no está en cabeza de PORVENIR S.A. para su devolución, al igual que los gastos de administración y sumas adicionales, están contemplados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, aseguró que son descuentos legales que no están destinado a financiar la pensión de vejez en ninguno de los dos regímenes; aseguró que la buena administración de

PORVENIR S.A. le generaron unos rendimientos que no genera COLPENSIONES, que las sumas adicionales se contrataron y se pagaron mes a mes con la aseguradora, para respaldar las potenciales pensión de invalidez o de sobrevivientes y que por ende, estos dineros no están en la cuenta de ahorro individual ni en cabeza de PORVENIR S.A. lo que generaría un enriquecimiento sin justa causa a COLPENSIONES, en cuanto a la garantía de pensión mínima, indicó que esta es una garantía propia del RAIS, y que en el caso de que la actora se traslade a COLPENSIONES la misma no tiene derecho a este beneficio, que inclusive estos aportes no entran a la cuenta de ahorro individual y es el estado quien decide a quien pagar con estos dineros recaudados, finalizo solicitando se revoque la condena en costas.

Finalmente, **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia en lo que corresponde a los gastos de administración, argumento que los mismos tienen una fuente legal en los términos del artículo 20 de la ley 100 de 1993, que, por parte de la Superintendencia Financiera, a través del consejo bajo radicado 201915216900000 del 15 de enero de 2020, indicó que, al decretarse la nulidad e ineficacia de las afiliaciones procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, que incluye lo correspondiente a los rendimientos generados por la administración de los recursos efectuados por la administradora, así como los porcentajes destinados a la garantía de la pensión mínima y sus respectivos rendimientos, concluyó que la normatividad aplicada en el caso en concreto y los conceptos de los entes de control no existe sustento legal alguno para obligar el traslado al RPMPD, el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, las primas FOGAFIN, primas de seguros de invalidez, muerte y sobrevivientes, considero también que SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, actuó de buena fe, con lealtad procesal y acatamiento de la ley, añadió que naturaleza del proceso obedece a acatar la jurisprudencia de las altas cortes en materia laboral.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, ambos fondos petitionaron la revocación del fallo alegando que el demandante nunca indago sobre las irregularidades de su traslado de régimen, solamente lo hizo cuando cumplió los requisitos para ser acreedor del derecho pensional por ende esta pretensión resulta inverosímil, es decir, que si tuvo la asesoría y la información suficiente al realizar su traslado y lo realizo de manera libre y voluntaria.

Entre tanto SKANDIA, requiere que la sentencia sea revocada parcialmente No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes, en cuanto a que se

ordenó la devolución de gastos de administración de forma indexada, sin previo debate de los mismos y sin que en el escrito de la demanda en los hechos ni en las pretensiones se mencionará los mismos o se solicitaran en su parte petitoria. Ni hace parte de la fijación del litigio. Quebrando de esta forma el derecho de defensa, debido proceso y contradicción. Además, trasgrede el principio de consonancia de la sentencia con las pretensiones de la demanda.

Finalmente, la parte actora solicita que se confirme el fallo, ya que las AFP no demostraron que se le hubiera dado correctamente la información acerca de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes.

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración?

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 11 de febrero de 2021 (Fls 43 – 45 Anexo 001) y su respuesta el 12 de febrero de la misma anualidad. (fls 68 – 69 archivo 001).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es

*imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

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

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

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

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a

los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 28 de octubre de 1962 (fl. 36 Archivo 005); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre hasta el año 1994; iii) que el 14 de junio de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., (fl. 41 Archivo 001), posteriormente, el 18 de junio de 2010, se trasladó a SKANDIA, por último, el día 20 de marzo de 2011, se trasladó nuevamente a PORVENIR S.A. administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1344 semanas (Archivo 005).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que nació el 28 de octubre de 1962 y actualmente cuenta con 59 años de edad., indicó que trabaja en el Hospital Militar, y que su traslado al RAIS, se dio en el año 1994, cuando fue abordada por un representante de HORIZONTE., quien se acercó con un formulario durante sus horas de consulta, expresa que no hubo mucho tiempo, situación que le genero inquietud con las semanas cotizadas previamente, que el asesor le informo que esas semanas se las trasladaban al fondo que todo se recuperaba, indicó que esta situación fue propiciada por que una amiga la estimuló a cambiar al fondo por que el ISS, para la época se encontraba en entredicho, expresó que no fue informada técnicamente del funcionamiento de los regímenes y que riegos y beneficios tenía el pertenecer al uno o al otro, que nunca le informaron cuál sería su mesada, que era muy joven para la época del traslado y se confió, informó que en el año 2010 realizo un traslado a SKANDIA S.A. motivada por la compra de una vivienda y que su contador le recomendó que mientras reunía la cuota inicial para la compra, por medidas tributarias debían colocar este dinero en un Fondo como SKANDIA S.A. que

daba buenos rendimientos y era un beneficio para los ahorros, en ese momento contacto la entidad y llevo sus ahorros, que el asesor de ESKANDIA S.A. le indicó que si ellos tenían los ahorros con ese Fondo lo mejor era que se trasladara, explico que la asesoría no fue enfocada a la pensión si no al beneficio y compra de la vivienda, afirmó que nunca le quedó claro si lo mejor era tener todo en una sola entidad, que regreso a PORVENIR S.A. al iniciar en un nuevo empleo, donde le informaron que esa empresa tenía todos los empleados afiliados a PORVENIR S.A. y que por tal motivo termino trasladándose nuevamente; manifiesto que su descontento con el RAIS, es porque ningún fondo le explico con respecto a su pensión cuales eran sus opciones y no pudo realizar un cambio a tiempo, que los fondos no le reconocieron sus semanas previas de cotización, alegó que cuando llego el día de preguntar por su pensión se sintió engañada, frustrada y con descontento, advirtió que es profesional en un campo muy diferente a la derecho o finanzas y que ella y varios de sus colegas enfrentan la misma situación por falta de conocimiento, que confió en los asesores que manejaban temas financieros, que la motivación de regresar a COLPENSIONES se encuentra argumentada en que quiere recuperar sus semanas y obtener bienestar, ya que le parece injusto que no se le haya entregado la información completa sobre su futuro pensional, explico que ella ya cumplió con el tiempo para pensionarse y la edad, pero no ha solicitado la PORVENIR S.A. la pensión ya que está esperando resultado del presente proceso.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 14 de junio de 1994, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no supe el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la

afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **ANGELA MARIA FERNANDO DELGADO**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad PORVENIS S.A., no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ANGELA MARÍA FERNÁNDEZ DELGADO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

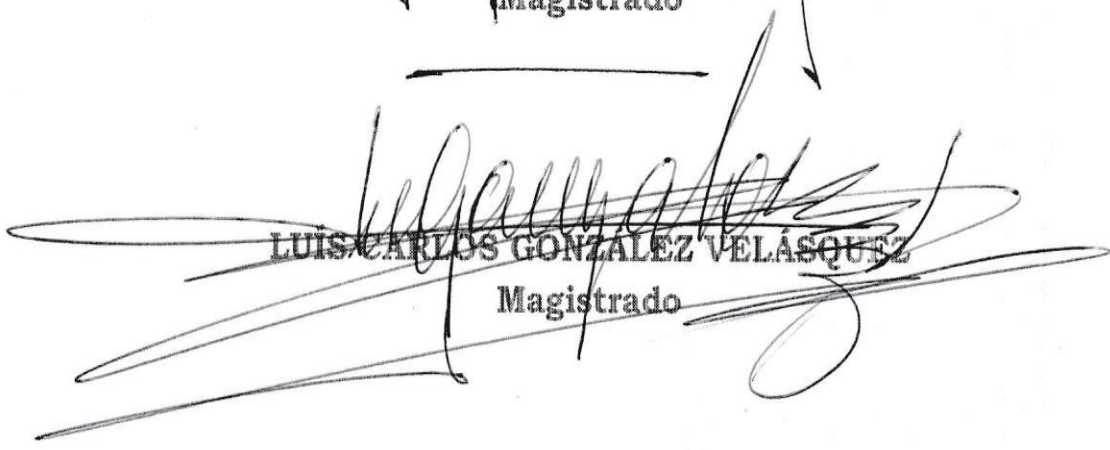
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas **COLPENSIONES. PORVENIR S.A. SKANDIA S.A.** Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105023202100276-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 04 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ANA YENSI PEREZ MARTINEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado de la sociedad PORVENIR S.A. al doctor Nicolas Eduardo Ramo Ramos, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

ANA YENSI PEREZ MARTINEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que se declare que fue asesorada equivocadamente por PORVENIR S.A., al momento de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se declare la nulidad de esa afiliación, ordenando a PORVENIR S.A., trasladarla a COLPENSIONES, junto con todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos y rendimientos causados; que, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el

traslado, sin solución de continuidad en el RPMPD que, se conceda lo ultra y extra petita, finalmente solicito que se conde a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 27 de julio de 1964., indicó que inició sus aportes a pensión en el RPMPD, a través del ISS, que actualmente cotiza en el RAIS, con la A.F.P PORVENIR S.A., desde el mes de abril de 1997; expreso que su afiliación a la A.F.P PORVENIR, se dio en cuanto a que en su lugar de trabajo llegó un representante del fondo de pensiones para persuadirla de afiliarse a ese Fondo, que el miso le aseguro que era altamente probable la eventual liquidación del ISS, esa situación dejaba en peligro las semanas cotizadas pues podría incluso llegar a perderlas, aseguró que la A.F.P PORVENIR, no desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPMPD, al RAIS, y que omitió brindarle información de las características de ambos regímenes pensionales, así como no le informó las condiciones de acceso a una pensión de vejez en el RPMPD y en el RAIS; ni los factores que intervenían en la definición de la mesada pensional en cada uno de los regímenes pensionales; que nunca le informó que de sus aportes mensuales a pensión se haría un descuento en favor del Fondo por concepto de cuota de administración y un descuento para la contratación de seguros previsionales para cubrir los riesgos de invalidez y muerte; exteriorizo que la A.F.P. PORVENIR, no adelantó ninguna gestión tendiente a brindarle re-asesoría pensional para revisar si en sus condiciones le resultaba más favorable permanecer en el RAIS o retornar al RPMPD; que no le informó que una vez estuviese a diez años o menos para cumplir la edad de pensión ya no podría retornar a COLPENSIONES. Advirtió que su ingreso base de liquidación es de \$3.939.231, de acuerdo con la liquidación efectuada por la firma YABAR LIQUIDACIONES., quienes le proyectaron la pensión que le habría correspondido en COLPENSIONES, con una aproximación equivalente a \$2.494.797. esta situación le genero inconformidad y aseguró haber sido víctima por parte del fondo de pensiones, a la par solicitó ante la A.F.P PORVENIR, a través de sus canales electrónicos el 21 de diciembre de 2020, se procediera a anular la afiliación a dicha administradora, requirió se le facilitara copia del formulario de afiliación y una proyección pensional comparada entre el RAIS y el RPMPD, la entidad no respondió; en consecuencia, el 18 de enero de 2021, reitero su solicitud a la A.F.P PORVENIR, la entidad le indicó que no habría lugar a acceder a lo solicitado, pues bajo su criterio la afiliación cumplió con todos los requisitos de ley, allegó copia del formulario de afiliación e informó que a los 57 años la pensión que le correspondería en el RAIS sería de \$1.238.700., así mismo la demandante solicito el 25 de febrero de 2021 ante COLPENSIONES con el número de radicado 2021_2157963, que se procediera a la activación de su afiliación a COLPENSIONES, por cuanto su traslado de régimen no estuvo antecedido de información completa, clara y oportuna que le permitiera ejercer su consentimiento de manera informada; COLPENSIONES en su respuesta comunico que no podría acceder a lo solicitado y le indicó en qué casos se podrá solicitar el traslado de régimen. Indicó que su apoderada elevó consulta ante la Superintendencia Financiera De Colombia, a fin de que se pronunciará sobre el deber de información que está en cabeza de los fondos de pensiones, el 9 de mayo de 2017, la misma entidad dio respuesta a los interrogantes plantados el 12 de junio de 2017 la cual que se allega a este proceso como prueba documental; finalmente

COLPENSIONES, como respuesta a requerimiento de la PROCURADURIA GENERAL, informo a la apoderada de la accionante en este proceso que desde octubre de 2012 se viene adelantando por parte de esta entidad actividades tendientes a informar adecuadamente a sus afiliados sobre los traslados de regímenes.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de 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; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política); buena fe de COLPENSIONES; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; innominada o genérica. (archivo 08, fls. 12 a 17).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 07 fls. 28 a 30).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 04 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de **ANA YENSI PEREZ MARTINEZ** al RAIS, administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia; condenó a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago, declaró que la demandante, para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con

prestación definida, hoy administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, por las razones expuestas; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a COLPENSIONES., solicitó que se tuviera en cuenta que el presente caso no existe vicios del consentimiento o dolo, que no hay una expectativa legítima de la demandante como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas, pues había cotizado con el ISS, 221,86 semanas y que le faltaban mas de 20 años para acceder a la pensión, lo anterior teniendo en cuenta la sentencia C789 del 2002, n cuanto la llamada expectativa legítima; resaltó que la demandante se encuentra inversa en la prohibición del traslado señalado en la ley 797 de 2003, que modificó la ley 100 de 1993, y no es beneficiaria del régimen de transición por semana, explicó que no le son aplicables la sentencias SU 130 del 20013, y la SU 062 del 2010, de la Corte Constitucional; señaló que se debe tener en cuenta la sentencia con radicado 2016 00087 01 del 17 de enero del 2017, del Tribunal Superior de Pereira, que indica que la simple manifestación de inconformidad con el valor de la pensión en el RPMPD, pueda resultar superior al valor que se reciba en el RAIS, no constituye prueba de que cuando se realizó el traslado, la demandante lo haya echo movida por un engaño o una mala accesorio del Fondo, sostuvo que la actora en su interrogatorio de parte, manifestó que la motivación para el presente proceso fue que se encontraba inconforme con la mesada pensional que va recibir en el RAIS, finalizó insistiendo que quedo demostrado que la demandante cotizo en el RAIS de manera libre y voluntaria por mas de 20 años.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que si bien es cierto la existencia de material jurisprudencial bastante amplio y pacifico en materia del deber de información, también es cierto que se deben analizar las

particularidades concretas de cada uno de los afiliados que pretenden se les declare la ineficacia del traslado del Régimen Pensional; que en el caso objeto de estudio quedo demostrado con el interrogatorio de parte que la demandante recibió información por parte de los asesores de la AFP PORVENIR, en el momento del traslado del régimen pensional, el año de 1997., que en esa oportunidad se le entrego información necesaria, clara y suficiente sobre las características esenciales del RAIS, que para esta oportunidad no se encontraba en cabeza de COLPENSIONES, el deber advertir posibles consecuencias del traslado de Régimen Pensional, advirtió que PORVENIR S.A., allego al plenario las documentales donde probo la voluntariedad de la actora para realizar el traslado al RAIS, que en consecuencia el formulario de vinculación fue desconocido o tachado de falso, que el mismo surtió los efectos legales al ser llamado a la vida jurídica, aduce que el Fondo realizo una labor profesional al administrar los recursos de conformidad con la normatividad vigente desde 1997., de otro lado aseguró que en la sentencia de primera instancia no se le dio el valor probatorio al interrogatorio de parte, ya que en el mismo quedo demostrado que la demandante si recibió información, que también a recibido extractos de su cuenta de ahorro individual teniéndola permanentemente informada de las condiciones de su ahorro pensional, indicó que se aparta de la condena de devolver conjuntamente rendimientos financieros junto con gastos de administración, alegó que en primera medida los rendimientos financieros son una característica del RAIS, que así mismo se ha referido la Corte Suprema en la Sala Civil, con sentencia 603201 del año 2018, advirtiendo que el traslado de estos dineros deja en una posición distinta los afiliados a la que tuviesen si hubieran permanecido afiliados al RPMPD, que en consecuencia se estaría yendo en contravención con lo establecido en el artículo 897 de Código de Comercio, afirmó que se esta desconociendo la correcta gestión de administración de recursos, que estos dineros ya no están en poder de PORVENIR S.A., y que se le condena afectar su patrimonio, establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, por lo que concluyó que dicha condena es desproporcionada, ya que, dichos descuentos se efectuaron para administrar los aportes de la actora y en cumplimiento de la ley.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal presentados dentro del término por PORVENIR., peticiono la revocación del fallo porque el traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma pre-impresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. También que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después

de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

Por ultimo la parte actora requiere que se confirme la sentencia en primera instancia ya que el fondo de pensiones demandado no logró acreditar el cumplimiento de su deber objetivo, profesional y legal de brindar una adecuada información a la parte actora de este proceso, durante la etapa previa a perfeccionarse el traslado de régimen pensional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 25 de febrero de 2021 y su respuesta el 25 de febrero de la misma anualidad. (fls 61 a 64 archivo 01).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

13 de la norma en cita.

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 27 de julio de 1964 (fl. 15 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 15 de agosto de 1985 y el 31 de marzo de 1997, 221,86 semanas (fl. 47 a 52 Archivo 01); iii) que el 20 de marzo de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de mayo de 1997, (fl. 269 Archivo 08) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 869 semanas (fl. 72 a 114 Archivo 07).

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que para el año 1997, se encontraba trabajado para la Fiscalía General de la Nación, en la División Criminalística, que se encontraba en una de las sedes en el Barrio Teusaquillo donde llagaron unas personas de PORVENIR S.A., indicó que realizaron una reunión a todo el personal de la sede, que en esta reunión les expusieron las dificultades que presentaba el ISS y CAJANAL, para la época, expusieron los problemas financieros y administrativos y que lo mas seguro era que iban a liquidarlas, les informaron que lo conveniente era trasladarse a los fondos privados, exteriorizó que después de esta reunión procedieron a pasar por cada uno de los puestos, que ella fue atendida por una asesora y lo único que hicieron fue firmar el formulario que ella diligencio con datos personales. Advirtió

que no recibió información sobre temas tales como: la mesada pensional, pensión anticipada, rendimientos, aportes, aportes voluntarios, que pasaría con los aportes realizados a CAJANAL, requisitos para presionarse, quienes son los beneficiarios de la pensión, manifestó que vio en el formulario que los beneficiarios eran sus padres, que llenar el formulario era algo automático ya que los asesores llevaban toda la información, con respecto al Bono Pensional dijo, que para el año 1997, no tenía conocimiento que significaba, pero que para el año 2020 se asesoró con abogados sobre este tema y otros que tienen que ver con la pensión de vejez; que no tiene claro que dinero tiene ahorrado en su cuenta de ahorro individual, Indicó al despacho que su afiliación a PORVENIR S.A. fue de manera libre y voluntaria, afirmó que su interés de regresar a COLPENSIONES, es recibir una mejor remuneración pensional y consideró que las condiciones con la AFP PORVENIR S.A. no le son favorables económicamente, que se dio cuenta de esta situación gracias a la asesoría de los abogados que consultó, y QUE por este motivo tiene conocimiento de los requisitos para pensionarse con COLPENSIONES, finalmente informó al despacho que no entiende los extractos que le llegan mes a mes por parte de la AFP PORVENIR S.A.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos

que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actora a PORVENIR S.A., el 20 de marzo de 1997, la con fecha de efectividad desde el 01 de mayo de 1997, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no supe el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **ANA YENSI PEREZ MARTINEZ**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Finalmente considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado de la actora al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 04 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ANA YENSI PEREZ MARTINEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**

PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

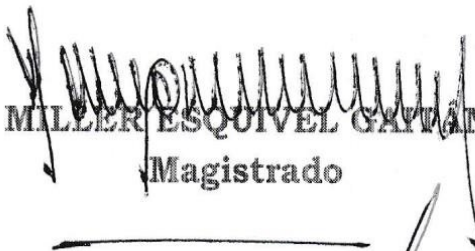
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

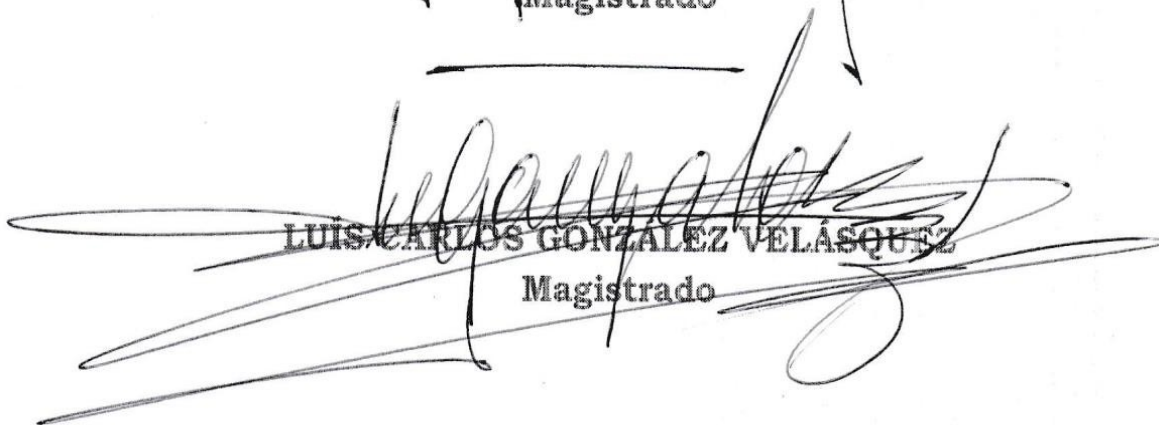
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105024202000171-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES Y PROTECCION S.A. en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 08 de marzo de 2022, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ELSA VISTORIA MENGUA MARQUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.** no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES al doctor Iván Darío Cifuentes Martín identificado con la cedula de ciudadanía Núm.1.023.872.033 de Bogotá y T.P. No 241.846 del H.C.S de la J. en los términos y para los efectos de los poderes.

ANTECEDENTES

ELSA VISTORIA MENGUA MARQUEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, administrado por ING hoy FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., el treinta y uno (31) de enero de 2003; ante la omisión de este fondo del deber de informarla, con prudencia, pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones

económicas que obtendría en el RAIS, y RPMPD, los riesgos, beneficios y desventajas, solicitó que se declare que ella ha tenido como única afiliación válida la del RPMPD y que se declare que siempre ha estado beneficiada por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, que como consecuencia de lo anterior, en atención que se encuentra en la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., se condene a dicha entidad a restituir o trasladar a la a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación de la cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento e inclusión de las semanas laboradas con los empleadores Fundación Santa María del 01 de enero de 1969 al 30 de septiembre de 1973, que suman un total de 247.57 semanas y con el empleador Colombia Leather LTDA del 02 de enero de 1980 al 31 de agosto de 1989 que sumando total de 504.28 semanas, que de manera subsidiaria solicitó se declare su traslado al RPMPD en razón a que al 1 de abril de 1994 cuenta con más de 750 semanas cotizadas, que como consecuencia de lo anterior, se condene a la COLPENSIONES a recibirla como afiliada, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS, que se contabilice para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el RAIS, para su pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990, desde el 11 de febrero de 2008, de conformidad con la norma más favorable, que se condene a pagar a COLPENSIONES el interés moratorio de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 respecto de cada de los valores a que fuere condenada, solicitó que de manera subsidiaria a la anterior, se condene a la entidad demandada a pagar las mesadas ordinarias y extraordinarias debidamente indexadas, que se condene a las demandadas al pago de todo concepto que se pruebe en el proceso ultra y extra petita, finalmente solicitó que se condene a las demandadas al pago de las costas y gastos del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 11 de febrero de 1953., que en razón al régimen de transición, la demandante cumplió los 55 años de edad el día 11 de febrero de 2008, Indicó que el 11 de febrero de 2008 acreditaba más de 1.250 semanas cotizadas, que se afilió al RPMPD administrado por el ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, desde el día 01 de octubre de 1973. Manifestó que estando afiliada al RPMPD, cotizo un total de 900 semanas desde el mes de octubre del año 1973 hasta el septiembre de 2000, sin tener en cuenta las que registran en mora con el empleador Colombia Leather y las que no reporta COLPENSIONES con el empleador Fundación Santa María, que en este orden de ideas, acredita verdaderamente un total de 2.380.71 semanas cotizadas hasta el 30 de julio de 2019, entre el RPMPD y el RAIS, explico que Protección acredita 1.759 semanas al 30 de julio de 2019, sin tener en cuenta las semanas que registran en mora con el empleador Colombia Leather que suman un total de 374.14 y las que no reporta Colpensiones con el empleador Fundación Santa María que suman un total de 247.57, informó que posteriormente la demandante se trasladó 31 de enero de 2003, desde el RPMPD administrado por Hoy Colpensiones al RAIS administrado por ING hoy Protección, que por lo anterior al momento del traslado 31 de enero de 2003, acreditaba 1.343.13 semanas con las semanas no reportadas y en mora, es decir que, acreditaba más del 100% sobre las 1.300 semanas exigidas y que sin embargo en gracia de discusión, sin tener en cuenta las semanas que no le reporta COLPENSIONES, a la mencionada fecha de traslado la

demandante acredita 900 semanas, esto es el 69.23% sobre las 1300 semanas exigidas, que a la fecha del traslado contaba con 49 años de edad, reveló que el 03 de enero de 2014, a través del formulario de afiliación al sistema general de pensiones, solicitó ante COLPENSIONES que nuevamente fuera afiliada, que al 01 de abril de 1994, acredita más de 750 semanas cotizadas, que posteriormente el día 21 de noviembre de 2019, solicito ante Colpensiones corrección de historia laboral a fin de que le fuere acreditado el periodo 01/01/1969 hasta 30/09/1973, con el empleador Fundación Santa María, las cuales suman un total de 247.57, que no han sido acreditadas por Colpensiones en la historia laboral de la afiliada, toda vez que fueron cotizadas bajo otro número de identificación T.I. 15001-1432111, indicó que COLPENSIONES no le acredita el periodo laborado con el empleador COLOMBIA LEATHER LTDA durante el periodo comprendido desde el 02 de enero de 1980 al 31 de agosto de 1989, que dicho empleador COLOMBIA LEATHER LTDA reporta mora, sin embargo Colpensiones a la fecha no le ha hecho el respectivo cobro coactivo, expresó que COLPENSIONES allegó comunicación N° BZ2019_15682279-0146835 de fecha 20 de enero de 2020 indicando que el aportante Fundación Santa María únicamente realizó cotizaciones para los periodos que se visualizan en la historia laboral, que a continuación interpuso derecho de petición ante Protección S.A con No de radicado CAS-4836937-W5J6W3 el día 09 de agosto de 2019, solicitando la declaración de ineficacia del traslado del RPMPD al RAISS, el traslado del capital acumulado en la cuenta individual hacia COLPENSIONES, que se restableciera su afiliación a COLPENSIONES y le fuese aplicado el régimen de transición pensional previsto en el Artículo 36 de la Ley 100, informo que COLPENSIONES emitió respuesta con No de Radicado BZ2019-10867804-2348735 con fecha 12 de agosto de 2019 negando la solicitud de la demandante, que subsiguientemente el día 09 de diciembre de 2019, interpuso derecho de petición con Radicado No 2019-16473834 dirigido a Colpensiones solicitando el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad hacia el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que en el mismo derecho de petición también solicitó se le reconociera la pensión de vejez con la normatividad más favorable y la nulidad de la afiliación realizada el día 31 de enero de 2003, porque tanto COLPENSIONES como Protección S.A omitieron asesorarla en debida forma, que COLPENSIONES allegó respuesta con Radicado No BZ2019_16556979-3645373 de fecha 10 de diciembre negando las pretensiones de la demandante, que ante la negativa nuevamente solicitó, el día 10 de diciembre de 2019, a través de derecho de petición al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A el traslado hacia el RPMPD administrado por COLPENSIONES, en virtud de que a la fecha del traslado 31 de enero de 2003 la demandante tenía 49 años de edad y no podía haber sido trasladada, explico que la anterior solicitud la realizó en razón a que al 1 de abril de 1994 con más de 750 semanas cotizadas, además porque no fue asesorada en debida forma al momento de ser trasladada y porque contaba con 49 años de edad al momento del traslado, informó que PROTECCIÓN allega respuesta con No de Radicado CAS-5312416-S6L6L5 de fecha 13 de diciembre de 2019, en el que manifiesto que niega la solicitud de traslado de régimen; advirtió que al momento del traslado al fondo privado ING hoy FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., no fue asesorada o informada por ese fondo, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes y en general las implicaciones sobre sus derechos

pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones que no la asesoró respecto al régimen que más le convenía, teniendo en cuenta entre otras cosas, su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando. que no le informó cuanto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual, para poder llegar a adquirir el derecho a una pensión y con qué monto, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad y para mantener su mínimo vital, tomando como base su salario devengado, que no todo el aporte mensual que hiciera, iría a su cuenta individual, y que parte de este se destinaría al pago de primas de seguros para atender las pensiones, que no le informó sobre el derecho de retracto, ni en qué consistía, que fecha tenía para trasladarse entre regímenes, que el monto de su pensión en ese régimen se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como de sus beneficiarios; y como influiría esto en su pensión, que no le hizo proyecciones futuras de su pensión, con las hipótesis que podrían surgir en cada uno de los regímenes pensionales., que tampoco le informó sobre la tasa de reemplazo en relación con la pensión de vejez en el RAIS; y como influiría esto en su pensión. que no le explicaron las condiciones requeridas en el RAIS para pensionarse anticipadamente, finalmente informó que ella nunca dio existencia de consentimiento libre, voluntario e informado, al momento de la vinculación al fondo privado demandado.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de 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; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA); buena fe de COLPENSIONES; cobro de lo no debido; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; innominada o genérica. (Archivo 6, fls. 25 a 33).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, 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 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; Innominada o Genérica (Archivo, fls. 23 a 29).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 08 de marzo de 2022, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaro la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS a través de SANTANDER hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., suscrita el 31 de enero de 2003, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo. Declaro que para todos los efectos legales la señora ELSA VICTORIA MENGUA DUARTE nunca se vinculó al RAIS, contrario a ello, siempre estuvo en el RPMPD. Ordeno a la SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – 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 los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir lo que tenga la demandante en su cuenta de ahorro individual o al momento de hacerse efectivo el traslado, junto con los gastos de administración, conforme a la parte motiva de esta sentencia. Ordeno a COLPENSIONES a recibir a la señora ELSA VICTORIA MENGUA DUARTE, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Declaro que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, de conformidad a lo expuesto en las consideraciones de la presente sentencia. Condeno a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de que trata el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, a favor de la demandante, a partir de la fecha en que se acredite el retiro efectivo del sistema, por 14 mensualidades al año, más los incrementos de ley y conforme a lo expresado en la parte considerativa de la presente sentencia. Declaro no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, finalmente dejo sin condena en costas en la instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PROTECION S.A. y apoderado de la parte actora, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

LA PARTE DEMANDANTE interpuso recurso de apelación, argumento que el derecho de causación de la pensión, quedo demostrado que antes de cumplir la edad para de la pensionarse ya contaba con las semanas completas, que para la fecha del traslado ya tenía las 1.000 semanas en transición, que por lo tanto debió haberse pensionado desde el 11 de febrero de 2008; manifestó que está demostrado que hizo la solicitud tanto al fondo privado como a COLPENSIONES, con el fin de obtener su pensión tan pronto cumpliera los requisitos; expreso que debido al acto de mala fe de PROTECCION S.A., no se pudo pensionar, teniendo en cuenta la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación, como lo manifestó COLPENSIONES, que se vería causado en daños y perjuicios; indicó que la misma Corte Suprema de Justicia, manifestó que la entidad o el afiliado que se dé cuenta que se le causaron daños y perjuicios, puede repetir contra la entidad que los causo, esto relacionado con COLPENSIONES que puede repetir contra PROTECCION S.A., solicitó se condene a COLPENSIONES, para que pague la pensión desde la fecha que la actora cumplió con los requisitos para la pensión como las 1.000 semanas mínimas exigidas y la edad, con todas sus mesadas, retroactivos e intereses, como se solicitó en las pretensiones de la demanda.

Por su parte la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, interpone recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia proferida, en cuanto al numeral tercero de la sentencia que ordena realizar los traslados de la cuenta de ahorro individual, teniendo en cuenta los descuentos por concepto de cuotas de administración; indico que sustenta el recurso en el sentido que bajo la sentencia de Constitucionalidad C086 del año 2002, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, opera de manera paralela con el RPMD, de acuerdo al mismo artículo de la Ley 100 de 1993, que faculta para que se realicen estos descuentos sobre los aportes de los afiliados durante el tiempo en que se encuentren vinculados; dijo que en ese sentido si las cosas deben volver al mismo estado en que se encontraban, que de acuerdo a esa declaratoria de ineficacia, debe tenerse en cuenta también la Sentencia de Constitucionalidad, toda vez que el hecho de imponer esta condena de trasladar estos conceptos a modo de sanción por el hecho del deber de falta de información, es una interpretación Jurisprudencial que va en contra vía de un principio Constitucional, que permite la accesibilidad del Régimen; alegó que la rentabilidad que generan los aportes dentro del RAIS en la mayoría de los casos se prueba que es superior a la que se generaría en COLPENSIONES; explicó que dentro de la declaratoria de ineficacia lo que se busca es que el afiliado tome una libre selección de Régimen, pero no una sanción al RAIS, porque contrae lo que indica el apoderado de la actora, no hay una demostración de la mala fe, manifestó que los Jueces deben atenerse a la Ley como lo dice el artículo 230 de la Constitución y las demás fuentes Jurisprudenciales o la equidad son criterios auxiliares para resolver conflictos como la Ley 797 de 2003, o el acto Legislativo 01 del año 2005, que protegieron esta financiación del Sistema General de Pensiones.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, solicitó revocar en su totalidad la sentencia emitida y por el contrario se absuelva a COLPENSIONES de todos los cargos que contra ellos se formularon; informo que COLPENSIONES funge como tercero de buena fe, que contrario a lo declarado la actora se encuentra válidamente afiliada a PROTECCION S.A., desde el 31 de enero del año 2003, que no se probó en este plenario, la nulidad o ineficacia de la afiliación, teniendo en cuenta que su traslado se produjo de forma libre y voluntaria para que PROTECCION S.A., administrará sus aportes con el fin de obtener a futuro una mesada pensional, argumento que de acuerdo a la circular 019 de 1998 de la Superfinanciera y que la asesoría y la afiliación se efectuó en vigencia del Decreto 663 de 1993, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual estableció en el numeral primero del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, que les permitan a través de los elementos de juicio clara y subjetiva, escoger las mejores opciones del mercado, que lo anterior es totalmente aplicable a la actora, pues de haberse incurrido en algún vicio de consentimiento, que la actora no manifestó dicha situación durante el paso del tiempo, que la vinculación fue ratificada con sus aportes en el RAIS por más de 10 años; explicó que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que fue mencionada por el despacho de primera instancia, donde indicó que todas las administradoras de Pensiones se deben acreditar en todos los procesos previos a efectuar el traslado, sin ahondar en circunstancias especiales como si el afiliado es o no beneficiario del Régimen de transición, si es o no profesional; manifestó que el deber de información ha evolucionado con el paso del tiempo y no es igual al del año 2003, cuando la actora suscribió el contrato de pensiones obligatorias con PROTECCION S.A.; expreso que sin embargo el nuevo Sistema General de Pensiones ya establecido por la Ley 100 de 1993, indicó que la elección del Régimen Pensional, debía ser el resultado de conocer en debida forma las características de cada Régimen, pues esa legislatura no se refirió hacer proyecciones, comparaciones o simulaciones teniendo en cuenta el número de semanas de cotización; dijo que en el evento de que se hubiera comprobado que la afiliada no recibió una adecuada asesoría por parte de PROTECCION S.A., de las características particulares de cada Régimen Pensional, dicha circunstancia que quedo saneada con el paso del tiempo, puesto que la actora permaneció en el RAIS más de 15 años, que por este motivo no puede aceptarse el retorno de la actora al RPMD que administra COLPENSIONES, que su condición no esta está inmersa dentro de los requisitos, que entre otras cosas a indicado la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, como la Sentencia SU 062 de 2010 y la Sentencia SU 130 de 2013, respecto al tópico de las expectativas legítimas, que la demandante para el día 01 de abril de 1994, no contaba con 750 semanas de cotización o 15 años de servicio, la decisión debe vincularse a PROTECCION S.A., la inhabilita para retornar al RPMD, por ende perdió los beneficios del Régimen

de Transición en el evento en el que se hubiere cumplido con esa condición; indico que la carga de la prueba, no puede hacerse de manera automática y de la misma manera para todos los procesos judiciales que persigan la ineficacia o la nulidad del traslado, como ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recayendo toda la carga en las partes sin que exista un mayor esfuerzo procesal en cabeza de la actora, pues disponía de las herramientas necesarias para conocer sus deberes como afiliada al Sistema Pensional en especial del RAIS como consumidor financiero; indico que en cuanto a la solicitud de reconocimiento de pensión a cargo de COLPENSIONES, esta entidad se acoge a lo dispuesto en el Decreto 1406 de 1999, que los deberes especiales que tienen los empleadores y se acoge al mismo tiempo a las normas establecidas en el Código de Comercio, sobre la conservación de documentos, puesto que la aportante deberá conservar copia de archivo magnético contentivo de las autoliquidaciones de aportes presentados, es preciso tener en cuenta el periodo de cotización del 01 de enero de 1969 al 30 de septiembre de 1973, con el empleador Fundación Santa María, toda vez que no han sido suministrados los documentos probatorios necesarios para la inclusión de estos aportes a la historia laboral de la actora; manifestó que COLPENSIONES, si realizó el correspondiente cobro persuasivo, mediante la radicación BZ 20186902331 con el fin de subsanar hierros existentes en la historia laboral de la actora; exteriorizo que es pertinente aplicar aquella provisión del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, en aras de garantizar el principio de la sostenibilidad financiera, dado que la tesis que ha planteado la Corte Suprema de Justicia y soporte de la presente sentencia se ocupó únicamente en señalar la relación contractual entre PROTECCION S.A., y la afiliada, que no se tuvo en cuenta a COLPENSIONES quien es en últimas como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado de Régimen y será quien asuma impositivamente la carga derivada de la decisión, que lo pretendido por la actora en esta clase de negocios no es la mera declaratoria, sino que persigue encontrarse en el RPMD para efectos de que se le otorgue prestaciones que se lleguen a suscitar, como en este caso la condena a una pensión de vejez; solicitó se de aplicación a la sentencia de la Sala Laboral de la Corte de Justicia 373 de 2021, que aunque la actora si reúne los requisitos para hacerlo en el RAIS, puesto que supera la edad, que le permite redimir el bono pensional, por ende sería aplicable dicha jurisprudencia la cual también señala que son las AFP las que deben reponer o responder por los perjuicios ocasionados a los afiliados y que no es posible generar detrimento a terceros en este caso a COLPENSIONES; intimó observar la sentencia de la Corte Constitucional 1024 de 2004, 625 de 2007, 789 de 2002, donde indico que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el periodo de permanencia obligatorio contribuye a principios de universalidad, eficiencia, asegura la intangibilidad y sostenibilidad del Sistema de preservar los recursos, dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas, lo que impide que la actora se tenga como afiliada al RPMD; manifestó que COLPENSIONES no puede haber sido condenada a reconocer una pensión

de vejez como lo indico la Juez de primera instancia, toda vez que la entidad no ha consolidado la historia laboral de la actora, la totalidad de los valores que aparecen en el RAIS, puesto que la actora no se encuentra afiliada al RPMD de COLPENSIONES, que es un requisito necesario para entrar a establecer si la actora acredita o no para ser acreedora a una pensión de vejez; requirió la Tribunal Superior acoger lo dispuesto en la sentencia con radicación 362018634 Magistrado Ponente, MARCELIANO CHAVEZ AVILA, trajo colación un caso similar donde la Sala Laboral revocó la condena a pensión a cargo de COLPENSIONES, con ocasión a la declaratoria de ineficacia de traslado de Régimen; citó que como si es menester dentro del Régimen exigir para el reconocimiento de cualquier prestación, el retiro del sistema previamente del afiliado lo mismo ocurre en el caso bajo estudio, pues es indispensable que los aportes de la afiliada se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral, dentro del RPMD, a efecto de que COLPENSIONES pueda analizar su particular, situación con datos concretos y de manera precisa sin lugar a errores, dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra la demandante, finalmente y sin que implique las pretensiones, es claro que de encontrarse algún tipo de omisión en la información, que en consecuencia de la nulidad del traslado, se deberá garantizar la devolución de la totalidad de los aportes, al RPMD, para el financiamiento de la pensión, debido a la responsabilidad directa que recae sobre los fondos privados, que estos deben garantizar, el reintegro de la totalidad de las cotizaciones, de acuerdo a lo que ha dicho la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación con radicación 31989 SL 17595 DE 2007 entre otras.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por COLPENSIONES, solicito que se revoque la sentencia entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y a la AFP PROTECCION S.A y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos Inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el juez, en razón a la declaratoria o no de ineficacia del traslado, COLPENSIONES nada tuvo que ver con la decisión tomada por el actor.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración, iv) si procede conceder la pensión de vejez a la demandante.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 21 de noviembre de 2019 y su respuesta el 20 de enero de 2020. (fls 62 – 63 archivo 01).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

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

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

*emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso***". (Negrilla fuera de texto)

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

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

documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 11 de febrero de 1953 (fl. 31 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de octubre de 1973 y el 30 de septiembre de 2000, 900,00 semanas (fl. 32 Archivo 01); iii) que el 31 de enero de 2003, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de marzo de 2003, (fl. 50 Archivo 05) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1.840.43 semanas (fl. 77 Archivo 05).

Por otra parte, se absolvió interrogatorio al apoderado de PROTECCION S.A.; quien indicó que no tenía conocimiento que el formulario de afiliación de la actora haya sido adulterado o que se hubiera tachado de falso, que el mismo se llena con los datos que dan los afiliados, que una vez ellos verifican la información allí consignada se procede a la firma; manifestó que se confirmó en la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que para el 01 de abril de 1994 la actora no tenía 750 semanas cotizadas en el ISS; explicó que no estuvo presente en la asesoría que se le brindó a la actora en el año 2003, que no tenía la edad, tampoco laboraba con PROTECCION S.A., que SANTANDER hoy PROTECCION S.A., para la época las asesorías que brindaba eran de carácter verbal, donde le indicaban las características y el funcionamiento del RAIS y RPMD; indicó que para el año 2003 no era requisito de los fondos privados dejar documentada la información a parte del formulario de vinculación; señaló que de acuerdo al expediente administrativo que tiene PROTECCION S.A., no se evidenció que a la actora se le haya notificado para explicarle que podía realizar el traslado a COLPENSIONES antes de los 10 años a la edad de pensionarse.

También absolvió interrogatorio de parte de la actora; indicó que nació en la ciudad de Bogotá, el 11 de febrero de 1953, que vive en unión libre, tiene 4 hijos, de profesión Técnica en Enfermería. que ya no se encuentra trabajando, que laboró como auxiliar de enfermería en el Hospital Simón Bolívar, por un término de 25 años; informó que siempre estuvo cotizando en el ISS, que en el año 2003, los visitaron asesores de SANTANDER hoy PROTECCION S.A., que les dieron charla acerca de cómo funcionaban los fondos privados, que con el traslado no iba perder nada de lo que ya tenía con el ISS, afirmó que nunca le hablaron de ventajas, desventajas del cambio de régimen, que la explicación de los asesores no fue clara, amplia y suficiente, que fue una charla que duró máximo 10 minutos porque las hacían en el cambio de turno, nunca le dijeron que los aporte que ella tenía iban a una cuenta de ahorro individual y que le iban a generar unos rendimientos, que la única información que le dieron, fue que se podía

pensionar sin complicaciones, en el momento que quisiera, que el dinero lo podía retirar antes de la edad exigida para la pensión, que en ese entonces en el ISS era a los 55 años, advirtió que tampoco pregunto por los requisitos que se necesitaba para pensionarse porque para ese entonces no le preocupaba saberlos porque apenas iba cumplir 50 años; ; dijo que los asesores de SANTANDER hoy PROTECCION S.A., nunca le hicieron la proyección de su mesada pensional en el RPMD vs RAIS; alegó que en el momento de su traslado no leyó bien el formulario de afiliación, que solo verifico que sus datos personales estuvieran bien, que después de algún tiempo se dio cuenta que los datos del formularios fueron alterados, enmendados, que se enteró por medio de un abogado que consiguió para que le llevará el trámite de la pensión, que fue ahí que se dio cuenta que la fecha de nacimiento estaba mal y cuando ella firmó por primera vez verifico muy bien que estuvieran correctos; manifestó que por parte del ISS nunca la visitaron para explicarle que pasaría con ella y el empleador, que nunca se preocupó por el tema; expreso que recibe extractos por parte de PROTECCION S.A. donde le indican el número de semanas que tiene cotizadas; indico que desde el año 2008 está buscando la manera de pensionarse porque ya cuenta con 69 años de edad, que se acercó a PROTECCION S.A., solicito los requisitos para pensionarse, que le dijeron que se pensionaria con un sueldo básico de donde le descontarían lo de salud, maso menos recibiría \$800.000; exteriorizó se sintió engañada, que no estuvo de acuerdo con ese valor porque era mucho menos del último sueldo que devengó cuando dejo de laborar, por eso tomo la decisión de devolverse a COPENSIONES, porque quiere tener una pensión justa teniendo en cuenta que laboró por 40 años.

Se absolvió interrogatorio del testimonio a la señora MARTHA MARTINEZ, identificada con la cedula de ciudadanía 41.766.775 expedida en Bogotá D.C., dirección Calle 152 # 9 - 57 Apto 314, teléfono 3156521783, correo electrónico marthamartinezm60m60@gmail.com; indico que nació el 09 de junio de 1959, en el Cocuy Boyacá, que vive en unión libre, que tiene una hija, que es Técnico en Enfermería y que labora como auxiliar de enfermería en la Sub red Norte; señaló que conoce a la actora hace 25 años, que fueron compañeras de trabajo, que la demandante laboraba en el turno de la tarde y ella en la mañana; manifestó que estuvieron afiliadas a CAJANAL y después pasaron al ISS; expreso que la actora le dijo que se había pasado a COLPENSIONES, en la época que los visitaron los asesores de los fondos privados, que los asesores de los fondos se acercaban a los vistieres con una lista donde aparecían sus nombres, pero que en el momento que la actora realizo el traslado no se encontraban juntas.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba SANTANDER HOY PROTECCIÓN S.A obligada a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la

señora **ELSA VISTORIA MENGUA MARQUEZ**, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior, en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993, que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando SANTANDER HOY PROTECCIÓN S.A, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a SANTANDER HOY PROTECCIÓN S.A, el 31 de enero de 2003, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de marzo de 2003, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado

desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **ELSA VISTORIA MENGUA MARQUEZ**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PROTECCIÓN S.A., tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, SL1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan

desequilibrios pensionales.

DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Procede la Sala, revisar lo concerniente al reconocimiento de pensión de vejez concedida por el a quo conforme el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, vale precisar que la misma no se encuentra ajustada a Derecho; y, en consecuencia, habrá de revocarse, en la medida que si bien es cierto por virtud de la declaratoria de nulidad del traslado del régimen de prima media al RAIS, la entidad responsable de asumir los riesgos de IVM de la actora, es COLPENSIONES, también lo es que el pago de la pensión de vejez que pueda corresponderle a ésta, no se puede ordenar al interior de esta actuación, pues se encuentra condicionado al traslado efectivo de los dineros que debe realizar la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, toda vez que es con sujeción a ellos que COLPENSIONES puede proceder a actualizar la historia laboral de la afiliada, adelantar los trámites correspondientes ante los eventuales responsables de concurrir a su financiamiento y, determinar el ordenamiento jurídico que regula la prestación y le resulta más favorable; amén que, disponer el reconocimiento y pago de la pensión a cargo de COLPENSIONES, sin contar aún con dichos recursos, implicaría una afectación a su patrimonio al tener que asumir la obligación dineraria de manera inmediata sin la posibilidad de solicitar, frente al lapso de tiempo que puede transcurrir entre el reconocimiento y el recaudo de las valores a trasladar, sumas y conceptos diferentes a las ordenadas en la sentencia.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal quinto y sexto de la sentencia proferida el 08 de marzo de 2022, por el Juzgado veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ELSA VICTORIA MENGUA MARQUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

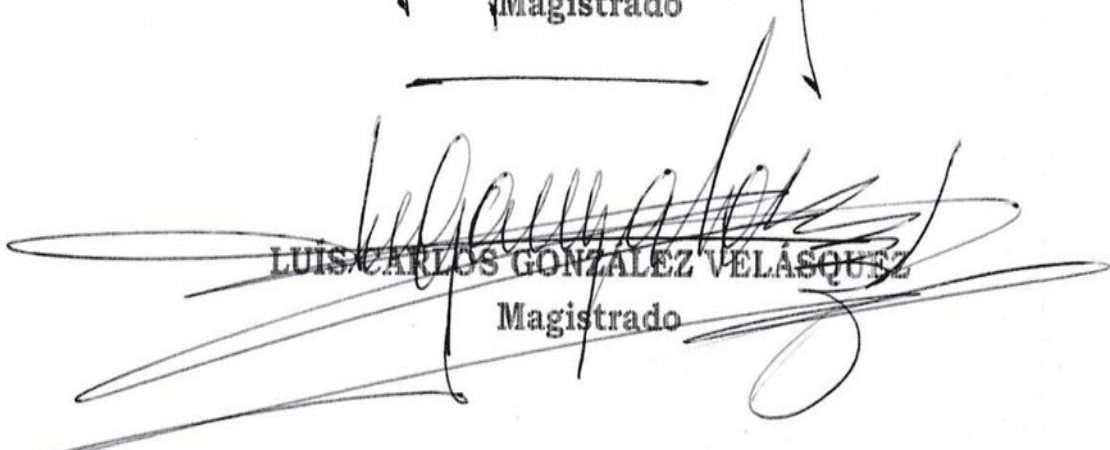
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105024202000127-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y PORVENIR., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA PATRICIA MORENO VELASQUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

MARTHA PATRICIA MORENO VELASQUEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, por falta al deber de información y buen consejo de las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION e inducción al error -consentimiento viciado, que como secuencia de lo anterior se declare la anulación o rescisión del contrato, de

conformidad con el vicio acaecido, extinguiendo dicho acuerdo hacia futuro y restituyéndola al mismo estado en que se hallaba antes de la celebración del acto nulo, esto es que permaneció afiliada sin solución de continuidad al RPMPD, hoy en cabeza de COLPENSIONES; que se ordene tanto a COLPENSIONES como las AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCION, que realicen los trámites a que haya lugar para activar su afiliación en el RPMPD, administrado por COLPENSIONES y que sea esta entidad quien realice el proceso de validación del traslado de las cotizaciones, que se ordene a la AFP PORVENIR S.A., que realice la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos a COLPENSIONES y que asuma los menores valores frente a la cotización; solicitó que se impartan las condenas extra y ultra petita y que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 25 de octubre de 1967., indicó que el día 5 de febrero de 1991, comenzó a cotizar al fondo de pensiones del Seguro Social, acogiéndose al RPMPD, administrado en ese entonces por el ISS, señaló que en el año 1.995, ante el "Boom" de la época y la creación y promoción de los fondos de pensiones privados, sin contar con el conocimiento, la asesoría e información veraz por parte de los funcionarios, fue trasladada del RPMPD al RAIS, a la AFP PROTECCION, que para la fecha del traslado, AFP PROTECCION no le informo la proyección de la mesada pensional, tanto en el RPMPD, como en el RAIS, que en el año 2011, inmersa en el error, procedió a trasladarse de la AFP PROTECCION y a la AFP PORVENIR, sin contar con la debida asesoría por parte de estas AFP, expresó que aunado a lo anterior, PROTECCION Y PORVENIR, nunca le notificaron que tenía posibilidades de trasladarse antes de cumplir los diez (10) años para acceder a la pensión, y que ese era el último termino en el que podía realizar el traslado, de igual manera omitió informarle del periodo de gracia que concedió la ley 797 del 2003, para regresarse al RPMPD, que la información que suministraron los asesores de PORVENIR S.A. y la AFP PROTECCION, no se expuso con exactitud los pro y contras del cambio de régimen pensional, ni mucho menos de las consecuencias del traslado, que no se efectuó la simulación del valor proyectado de la mesada pensional en el RPMPD y menos aún en el RAIS; señaló que el 24 de febrero de 2020 solicitó a PROTECCION S.A., que le remitiera copia de los documentos suscritos por ella ante PROTECCION y PORVENIR para efectos de realizar el TRASLADO del RPMPD al RAIS y la afiliación al RAIS, incluyendo el consentimiento informado debidamente suscrito, se le solicito a dicha entidad que se sirviera declarar la nulidad o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y afiliación al rais del señor MARTHA PATRICIA MORENO VELASQUEZ, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía 40.380.357, por falta al deber de información y buen consejo de la AFP PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y AFP PROTECCION S.A., inducción al error -consentimiento viciado, que como consecuencia de lo anterior la activara en el RPMPD, que solicitó certificación de simulación del valor de la mesada pensional que se devengaría a la fecha con la RPMPD , y del valor a devengar con PORVENIR en RAIS, a la fecha que fue trasladada, que de conformidad con lo anterior, si a la fecha ya se ha concedido dicha información, solicitó copia auténtica del respectivo documento mediante el cual se concedió la información en comento; Informó, que la AFP PROTECCION, mediante comunicación de fecha 28 de febrero de 2020 negó la solicitud elevada por mi representada.

Expuso que de igual manera, elevó reclamación ante COLPENSIONES, oficio radicado 2020_2362213 del 20 de febrero de 2020 solicitando lo siguiente: que se sirviera remitir copia de los documentos suscritos por ella ante COLPENSIONES para efectos de realizar el TRASLADO del RPMPD al RAIS y afiliación al RAIS, incluyendo el consentimiento informado debidamente suscrito, que se sirviera declarar la nulidad o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y afiliación al RAIS, por falta al deber de información y buen consejo de la AFP PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y AFP PROTECCION S.A., inducción al error -consentimiento viciado que como consecuencia de lo anterior se active en el RPMPD, solicitó certificación de simulación del valor de la mesada pensional que se devengaría a la fecha con RPMPD y del valor a devengar con PORVENIR y PROTECCION en el RAIS, a la fecha que fue trasladado, que de conformidad con lo anterior, si a la fecha ya se ha concedido dicha información, solicitó copia auténtica del respectivo documento mediante el cual se concedió la información en comento, informó que COLPENSIONES guardó silencio respecto a la solicitud elevada.

Advirtió que consecutivamente solicito a la AFP PORVENIR S.A., que se sirviera remitir copia de los documentos suscritos por ella ante PROTECCION y PORVENIR para efectos de realizar el traslado del RPMPD al RAIS y afiliación al RAIS, incluyendo el consentimiento informado debidamente suscrito, que se sirviera declarar la nulidad o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y afiliación al RAIS de ella, por falta al deber de información y buen consejo de la AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCION S.A., inducción al error -consentimiento viciado, que como consecuencia de lo anterior activar a mi poderdante en el RPMPD, que solicito certificación de simulación del valor de la mesada pensional que se devengaría a la fecha con RPMPD y del valor a devengar con PORVENIR en el RAIS, a la fecha que fue trasladada, que de conformidad con lo anterior, si a la fecha ya se ha concedido dicha información, solicitó copia auténtica del respectivo documento mediante el cual se concedió la información en comento, informó que la AFP PORVENIR S.A., a través de correo electrónico, mediante comunicación de fecha 26 de febrero de 2020, solicito una prórroga para adjuntar la información requerida, no obstante, a la fecha no ha hecho pronunciamiento alguno.

Manifestó que la AFP PROTECCION PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y PORVENIR PENSIONES Y CESANTIAS S.A. nunca le informaron que tenía posibilidades de trasladarse en el año de gracia que otorgó la Ley 797 de 2003 (Año de gracia entre el 29 de enero de 2003 y el 28 de enero de 2004, que permitía el traslado y la recuperación del Régimen de Transición), ni mucho menos le notificó antes de cumplir los 10 años para acceder a la pensión, que ese era el último término en el que podía realizar el traslado, que adicionalmente el tema de los requisitos para este asunto son muy técnicos y legales que no tiene por qué conocer y dominar el afiliado, sino los Fondos de Pensiones como AFP PROTECCION PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y PORVENIR PENSIONES Y CESANTIAS S.A., que por lo tanto era obligación de las AFP'S, informar de la distintas situaciones que pudieran acaecer, porque los afiliados tienen la confianza legítima en las Administradoras de fondos de Pensiones a los que confiaron sus derechos ante las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de la inoponibilidad de la AFP ante COLPENSIONES e casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la Seguridad Social; sugerir n juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio Constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamados; prescripción; innominada o genérica. (fls. 551 a 555).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 130 a 132).

La **PROTECCION PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación por falta de acusa 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 declara la nulidad o la ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o la ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta los derechos de terceros de buena fe; innominada o genérica; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso en concreto; traslado de aporte a PORVENIR S.A. (fls. 482 a 488).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de abril de 2022, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaró la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS a través de PROTECCION S.A., la que se surtió el 16 de abril de 1995, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. Declaró que para todos los efectos legales la señora MARTHA PATRICIA MORENO VELASQUEZ nunca se vinculó al RAIS, contrario a ello, siempre estuvo en el RPMPD. Ordenó a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la vinculación de la demandante como cotizaciones, bonos

pensionales, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., es decir debe trasladar lo que la demandante tenga en su cuenta de ahorro individual al momento en que se haga efectivo su traslado, conforme a lo explicado en la parte motiva de esta sentencia, junto con los valores que haya deducido de los aportes efectuados por la demandante por concepto de gastos de administración. Ordenó a la PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores que haya deducido de las cotizaciones por pensiones efectuada por la demandante por conceptos de gastos de administración conforme a lo motivado. Ordenó a la COLPENSIONES a recibir como su afiliada a la señora MARTHA PATRICIA MORENO VELASQUEZ, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le deba trasladar tanto PORVENIR S.A., como PROTECCION S.A. Declaró no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, conforme a lo expuesto en la parte motiva. Sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCION y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó recurso de apelación, en contra de la decisión proferida, para que solicitó que se revoque, teniendo en cuenta que la Juez de primera instancia toma la determinación invertir la carga de la prueba, aclarando que las AFP'S no demostraron que la asesoría brindada ante las características del RAIS no fue completa, clara y transparente; indicó que en el momento de proferir sentencia se desconoció la jurisprudencia, como lo es la sentencia T422 DEL 2011, y la misma línea jurisprudencial en la que se ha establecido que si bien se debe invertir la carga de la prueba esta decisión debe tomarse atendiendo cada caso en particular; dijo que en el presente asunto es claro que la actora como lo indico la Juez fue contradictoria en las respuestas que dio al interrogatorio de parte que le fue practicado; manifestó que en ningún momento la actora demostró que hubiera existido vicio del consentimiento en el momento que toma su decisión de traslado, que se logró establecer que la actora tuvo traslados horizontales, que no se preocupó por efectuar su retorno a COLPENSIONES, exteriorizó que la demandante solo lo hizo al encontrarse inconforme con el monto de su mesada pensional en el RAIS , alegó que estas no son razones suficientes para tomar la decisión de haber declarado la ineficacia en el traslado; requirió a revocar la decisión en primera instancia y absolver a COLPENSIONES de todas las condenas impuestas.

Por su parte la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, interpone recurso de apelación; solicitó revocatoria parcial, respecto a la orden de traslado a COLPENSIONES,

sustento que los descuentos realizados por gastos de administración están debidamente autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 en su artículo 7, que el mismo se realizó en su momento con la autorización normativa, como se realiza frente a cualquier entidad Administradora de Pensiones, como prestación a una buena administración del recurso de la actora, que la misma obtuvo buenos rendimientos financieros en su cuenta de ahorro individual durante la vigencia de su afiliación; manifestó que no hay lugar a devolver estos dineros de seguros que ya se cancelaron a PROTECCION S.A., expresó que se estaría hablando de obligaciones acaecidas, teoría que fue puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, en la sentencia de radicado 31989 de septiembre de 2008, donde el Magistrado ponente Dr. Eduardo López Villegas, donde manifiesto que las *“consecuencias de la nulidad de la vinculación, respecto a las prestaciones acaecidas, no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tiene cabida en el derecho social, al proponer el retorno al estado original al momento en el que se formalizo el acto anulado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren recibido, a de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral o en la seguridad social”*; advirtió que debe tenerse presente que frente al cobro del 3% destinados para gastos de Administración, opera la prescripción, por ser un concepto de tacto sucesivo o causado por la periodicidad que impone la Ley y este es un concepto que no financia la prestación económica por vejez.

Por su parte la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., argumento que la entidad si dio cumplimiento al deber de información, teniendo en cuenta que para la época no era obligatorio dejar constancia diferente al formulario de afiliación; indicó que en el momento de la afiliación de la actora, era imposible calcular la mesada pensional a la que tendría derecho por estar afiliada al RAIS , porque esto dependía de múltiples variables, como lo eran la capacidad de la actora de realizar aportes voluntarios, la composición del núcleo familiar; expresó que PORVENIR S.A., siempre actuó cobijada bajo la normatividad vigente; manifestó que la actora siempre tuvo canales de comunicación previstos por PORVENIR S.A., a efectos de aclarar cualquier duda o inquietud, respecto a la afiliación, así como los tuvo con los otros fondos; exteriorizó que no puede eximirse a la actora del deber que le asistía, como realizarle preguntas a los asesores, expuso que la actora en su interrogatorio de parte confeso haber sido informada sobre algunos de los aspectos más importantes del RAIS, como los rendimientos, por lo tanto si es conocedora de la información, explicó que la actora nunca demostró inconformidad con el RAIS y por el contrario realizo otros traslados, lo que hace necesario poner de presente lo manifestado por la Corte de Justicia Sala Laboral en su sentencia CCL3752 de 2020 y SL1061 de 2021, en lo que respecta a los actos de relacionamiento, que permiten presuponer que los afiliados conocen las

características y condiciones de acceso a las prestaciones económicas que regulan ambos Regímenes, por otro lado se constituye una voluntad más de permanecer afiliados, por lo que dichos actos debieron ser tomados en cuenta como indicios probatorios, dándole los efectos que ha dispuesto el Código General del Proceso; informo que adicionalmente debe tenerse en cuenta que el hecho de que la actora este solicitando que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación ya cuando se encuentra a portas de consolidar su derecho pensional inmersa en la prohibición de traslado, que lo único que permite evidenciar es su inconformidad, lo que no es con una debida ausencia del deber de información como lo manifiesto en el escrito de la demanda, sino con las diferencias aritméticas existentes entre los montos de la mesada pensional entre el RAIS y el RPMD; expreso que se opone a la devolución de los gastos de administración, puesto que el acto de afiliación fue totalmente valido; expuso que no es acorde esa condena con los artículos 1746 y 1747 del Código Civil, en lo que respecta a la restituciones mutuas cuando un acto jurídico es declarado nulo, que por eso no podría obligarse a PORVENIR S.A., a devolver aportes y rendimientos, estos son los saldos que se encuentran en la cuenta individual de la actora, que son sumas que invirtió para mantener e incrementar dichos rubros, además debe tenerse en cuenta que esos gastos tuvieron una finalidad prevista en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que obedece a la correcta administración, rentabilidad y seguridad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora, sumas que fueron descontadas conforme al mandato legal; manifestó que estos rubros nunca tuvieron la finalidad de financiar prestación económica alguna a favor de la actora ni mucho menos hicieron parte de su propio patrimonio; aduce que una condena en este sentido supondría un enriquecimiento sin justa causa en favor de la actora y a costas del patrimonio económico de PORVENIR S.A., por lo que no habría lugar ordenarle PORVENIR S.A., retornar aportes, rendimientos, bonos pensionales, ni gastos de administración, como se ordenó en la presente providencia; dijo que además debe tenerse en cuenta que la actora no está solicitando que se le reconozca y pague prestación económica alguna, lo que se está debatiendo es si existe nulidad o ineficacia de la afiliación, y de conformidad con los artículos 1750 del Código Civil, 151 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, esas pretensiones si resultaban ser susceptibles del fenómeno prescriptivo y por tanto actualmente se encontrarían prescriptas; solicitó que por todo lo anterior se absuelva a PORVENIR S.A. de todas las condenas que le fueron impuestas, que se declaren probadas las excepciones de mérito formuladas en la contestación de la demanda y revocar en su integridad el fallo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por su parte COLPENSIONES, requiere su absolución y que se revoque en su integridad el fallo argumentando que la demandante realizo el traslado, el cual se dio con plena validez, además de ello que la actora cuenta con la

edad de 59 años, es decir que no podrá trasladarse de régimen ya que se encuentra dentro de los últimos 10 años para obtener derecho a la pensión de vejez.

Finalmente, la parte actora, suplica se declare la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, como fundamento principal, porque no se le brindó asesoría e información necesaria, completa, eficiente, eficaz, cierta y oportuna del cambio de régimen y de las implicaciones que conllevan las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual como tampoco de las formas de pensión que tiene el RAIS.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PROTECCIÓN S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 20 de febrero de 2020, sin obtener respuesta. (fls. 25 y ss archivo 01).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la

posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

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

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

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

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

de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 25 de febrero de 1967 (fl. 19 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 5 de febrero de 1991 y el 30 de abril de 1995, 220,86 semanas (Archivo 02 expediente administrativo); iii) que el 17 de abril de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A, con fecha de efectividad desde el 1 de mayo de 1995, posteriormente, se traslado el 18 de enero de 2011, se traslado a HORIZONTE, con fecha de efectividad del 1 de marzo de 2011, por último, el 1 de enero de 2014, se traslado a PORVENIR S.A., con fecha de efectividad del 1 de enero de 2014. (fl. 246 Archivo 01) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1436 semanas (fl. 220 y ss Archivo 01).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte a la demandante, ; indicó que nació el día 25 de febrero de 1967, de profesión Administradora de Empresas, casada, labora en la empresa Agrícolas y Ganaderos Romero La torre en la ciudad de V/Vicencio; indicó que en el año 1994 llevaba tres años laborando cuando en la empresa los visitó un asesor de PROTECCION S.A., que les dio una charla sobre los beneficios de pertenecer al fondo privado, que la rentabilidad y las garantías para pensionarse eran mejores que en el fondo público, que hicieron el traslado y firmo el formulario de manera

voluntaria; manifestó que el asesor no le informo que el dinero iba a una cuenta de ahorro individual a su nombre; que la asesoría no fue muy clara, que nunca entendió el tema del ahorro, ni le explicaron que podía pensionarse de manera anticipada estando en el RAIS; que no sabe qué pasaría con el dinero que tenía ahorrado en el ISS en caso de fallecer, que el asesor nunca le informo las características de los dos regímenes; comunicó que posteriormente los visito una asesora de HORIZONTE le hizo una charla personalizada, que le informo de los beneficios que obtendría en este fondo como: Créditos para libre inversión, mejor rentabilidad; que subsiguientemente en el año 2011 los visitaron muchos asesores de PORVENIR S.A., quienes le informaron que el fondo BBVA HORIZONTE se iba acabar y realizo el traslado a PORVENIR S.A.; manifestó que hace aproximadamente 6 años se acercó a PORVENIR S.A., que le generaron la proyección pensional, que arrojó una mesada pensional que sería de un salario mínimo; razón por la que expuso que se siente engañada por los Fondos Privados, que nunca le brindaron una información clara, que esta situación la motivo hace 2 años a buscar la forma de regresar a COLPENSIONES. que se estuvo informando y la mesada pensional con esta entidad sería más acorde al sueldo que devenga actualmente.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando PROTECCIÓN S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos

que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a PROTECCIÓN S.A., el 17 de abril de 1995, la cual tuvo fecha de efectividad el 1 de mayo de 1995, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **MARTHA PATRICIA MORENO VELASQUEZ**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARTHA PATRICIA MORENO VELASQUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

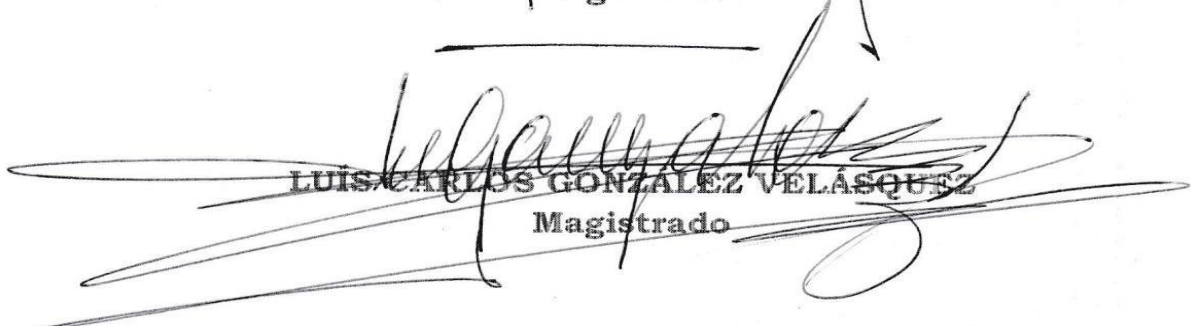
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105026201900711-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 01 de julio de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS GERARDO GOMEZ MANTAÑEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

LUIS GERARDO GOMEZ MANTAÑEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación realizada al RAIS, promovida por la AFP COLPATRIA fusionada con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la afiliación efectuada al RAIS, solicitó que se condene a las demandadas a determinar que él jamás dejó de pertenecer al RPMPD, que se condene a la AFP PORVENIR S.A., a la devolución a COLPENSIONES, de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con todos sus rendimientos, sin descontar comisiones por concepto de manejo de la cuenta, que se condene a las demandadas al pago de lo que resulte probado extra y ultra petita sobre los hechos discutidos y probados en el presente juicio. Finalmente requirió que

se condene a las demandadas al pago de las Costas del Proceso, así como a las Agencias en Derecho en caso de oponerse a las pretensiones.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 08 de enero de 1959., que se vinculó con el ISS, el día 04 de marzo de 1987, que realizó aportes al ISS, hasta el mes de junio de 1998, cotizando un total de 586.57 semanas, que el 01 de julio de 1998, se trasladó a la AFP COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE CESANTIAS, quedando efectivo el día 01 de septiembre del mismo año, indicó que al momento de afiliarse, no recibió por parte de la AFP COLPATRIA, la asesoría que se requería para que de manera informada tomara una decisión consciente, que no recibió información sobre las ventajas y desventajas de cambiarse de régimen. ni la afectación sobre su mesada y bono pensional, que consecuencias tendría de elegir pensionarse a cualquier edad, que el asesor no le indicó, que su mesada pensional dependía del capital ahorrado, de la cuantía que representaba su mesada pensional en cada uno de los regímenes y que la diferencia que hay entre éstas era superior al 33%., no le explicó, que solo podía retornar al RPMPD, hasta antes de faltare 10 años para cumplir la edad, que no le elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada teniendo en cuenta el valor del bono pensional, informó que por motivos de una fusión empresarial, entre la AFP COLPATRIA Y HORIZONTE, continuó con su afiliación al RAIS, que Posteriormente por motivos de la fusión empresarial entre HORIZONTE Y PORVENIR, continuó con su afiliación RAIS, que por medio de sus empleadores, ha venido realizando aportes para pensión a PORVENIR S.A., señaló que el 19 de noviembre de 2018 mediante el radicado No. 2018_14630615, solicitó ante COLPENSIONES, se efectuara el traslado de RAIS al RPMPD., que en contestación COLPENSIONES, mediante oficio No. BZ 2018_14655628-3564547 del 19 de noviembre de 2018, dio respuesta a la petición antes referida, en forma negativa, consecutivamente el día 19 de noviembre de 2018 mediante radicado No. 0100222094203800, elevó ante PORVENIR S.A., solicitud de nulidad de la afiliación hecha a la administradora de ahorro individual en mención, que el 21 de noviembre de 2018, mediante comunicación 0207412034140900, PORVENIR S.A., la entidad dio contestación a la solicitud de nulidad en forma negativa. que posteriormente el día 19 de junio de 2018, mediante radicado No. 0100222090124600, elevó ante PORVENIR S.A., solicitud de simulación pensional, comparando la pensión en los dos regímenes pensionales. que mediante comunicación No. 0207412032034900 de fecha 22 de junio de 2018, responde lo antes peticionado, arrojando como resultado una pensión en el RAIS de \$2.100.800 y en el RPM de \$ 6.121.700, al momento de cumplir los 62 años de edad; finalizó concluyendo que con las peticiones realizadas ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, encaminadas a que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, quedo agotada en debida forma la reclamación administrativa consagrada en el artículo 6° del CPT modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dio contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las

pretensiones de la demanda COLPENSIONES, frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas. PORVENIR S.A. no dio contestación.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción; cobro de lo no debido; buena fe; presunción de legalidad de los actos administrativos. (archivo 13, fls 5).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 01 de julio de 2021, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS a partir del 1 de julio de 1998., condenó a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Finalmente condenó en costas a la demandada PORVENIR S.A. fijando como agencias en derecho la suma de OCHOSCIENTOS MIL PESOS (\$800.000).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas, argumentó que no se acreditó durante el proceso que el demandante fuera presionado o engañado al momento de suscribir la solicitud, que no existió algo que permitiera concluir que su consentimiento estuviera viciado por error de hecho, fuerza o dolo, alegó que durante el tiempo que el actor permaneció afiliado en PORVENIR S.A., esta entidad ha actuado con estricta sujeción la ley y a la buena fe, con respecto a la asesoría pensional manifestó que, en el año de la afiliación y en la actualidad la asesoría es verbal, de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, que en preformas adoptadas por la Super Intendencia Financiera De Colombia, razón por la cual, para que la afiliación al sistema pensional resulte valida, basta con la firma de formulario de afiliación, advirtió que la afiliación ante PORVENIR S.A., es un acto valido en la medida que el accionante suscribió solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., como traslado de régimen de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de

haber recibido asesoría integral y completa respecto a las implicaciones de su decisión, tal y como lo hizo constar al imponer su firma en el formulario de afiliación, finalizó expresando que sin que implique aceptación a allanamiento alguno, que en caso de decretarse la nulidad por el Tribunal Superior de Bogotá, solicitó se ordene solo el traslado de los aportes sin rendimientos, por cuanto los mismos no se hubieren causado y la nulidad implicaría volver las cosas a estado original, con respecto a los gatos de administración, alegó que no hay lugar a su cobro, por cuanto la administración de la cuenta del afiliado se dio bajos los parámetros legales, de manera responsable y transparente, que por este motivo se generaron unos rendimientos en su cuenta de ahorro individual, que los descuentos que se efectuaron por concepto de comisión por administración de aportes, tienen soporte en la normativa vigente de cada operación, que fue establecido que dicho descuento se debía realizar sobre el ingreso base de cotización, como se desprende del texto de los artículos 20 y 104 de la ley 100 de 1993, con la modificación introducida en el artículo 20 de la ley 797 de 2003, advirtió que es un imposible jurídico reintegrar los dineros descontados por concepto de administración, teniendo en cuenta que un porcentaje se destinó a pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez, muerte y otro porcentaje para los gastos de administración y primas de FOGAFIN, que por lo anterior dichos recursos no están en poder de PORVENIR S.A. señaló que la AFP, no esta llamada a reconocer costas y agencias en el presente caso, ya que no existen fundamentos facticos o jurídicos que demuestren que actuó en flagrancia de la ley y que por el contrario deben ser declaradas en contra del accionante, fundamentó que no existe ningún vicio en el consentimiento.

1

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, PORVENIR S.A. solicita su absolución y que se revoque la sentencia dictada por el a Quo dictada en primera instancia en razón de que la afiliación fue eficaz ya que la actora recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al régimen de ahorro individual, por otro lado, argumentan que la carga de la prueba no fue demostrada por ende este contrato no presenta causal de vicio de consentimiento.

La parte demandante, peticiono que se confirme el fallo en primera instancia, ya que no se observó el deber información, que genera la ineficacia de la afiliación, y así mismo el traslado de régimen.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

4

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 19 de noviembre de 2018 y su respuesta el mismo día. (fls 29 – 32 archivo 002).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición,

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

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

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

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

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 8 de enero de 1959 (fl. 34 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 4 de marzo de 1987 y el 30 de junio de 1998, 586, 57 semanas (fl. 77 Archivo 013); iii) que el 1 de julio de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., (fl. 28 Archivo 002) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada la parte actora, con 1.613 semanas (fl. 43 Archivo 002).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte al demandante, quien informó que para el año 1998, en los noticieros y en la calle la información que le llegaba era que el ISS no era viable e iba a ser liquidado, que la única opción para la época y no perder el ahorro que tenía en el ISS, era afiliarse a un Fondo Privado, que a su oficina llegó un asesor de los fondos, realizaron una reunión con otras cuatro o cinco personas entre esas el señor Javier que se encuentra como testigo en el presente asunto, afirmó que en menos de 10 minutos firmo el formulario, que era firmar o perder su ahorro y quedar por fuera, expresó que no le informaron que sus aportes iban a una cuenta individual, que podía hacer aportes voluntarios, que su pensión en caso de morir la podían heredar sus familiares, no le hablaron de la edad para pensionarse, que en el formulario situó el nombre de su esposa, porque si el fallecía esos ahorros le quedarían a ella, advirtió que hasta hace cuatro años sabe que el ISS es hoy en día COLPENSIONES, que después de su traslado el tema de la pensión no le intereso, hasta hace cuatro años que se acercaba su edad para pensionarse, informó que con sus amigos se dio cuenta que la diferencia de pensionarse en el RPMPD es mucho mejor que pensionarse en el RAIS, que tiene conocimiento de las características de los regímenes a hace cuatro años y en adelante por que busco la información, que hace aproximadamente 2 años solicito a PORVENIR S.A., una proyección pensional y en respuesta recibió unos documentos donde le informaron que su pensión sería aproximadamente de \$ 2.100.000 mil pesos, manifestó nunca a ver solicitado asesoría con otros fondos.

Se recibe el testimonio del señor Javier Humberto Beltrán. quien informó que trabaja en la misma compañía que el demandante, quien es su jefe que los conoce hace 25 años aproximadamente, que se encuentra afiliado al CLPENSIONES actualmente, aseguró nunca haber presentado una

demanda en contra de POVENIR S.A., señaló que le consta que el demandante esta afiliado a Fondo Privado porque hace 23 años en 1998, llegaron los asesores de los Fondos para hacer los traslados ya que el ISS se iba a terminar, que para fecha se reunieron en la oficinas de Rayo Gas, en la calle 82 con 16, donde llego una asesora del Fondo COLPATRIA, que por el termino de 5 o 10 minutos les dio una pequeña inducción sobre la quiebra del Seguro Social y les informó, que estaban hay para brindarles la posibilidad de ingresar a los Fondos Privados, exteriorizó que en ningún momento les informaron de temas como: que necesitaba un capital mínimo para pensionarse, como se liquidaría la mesada pensional, cuenta de ahorro individual, bono pensional, advirtió que el en ese momento no se trasladó porque tenía dudas, que para época llevaba tres años cotizando en el ISS, que no e costa que al actor le informaron que se podía devolver al ISS, que el demandante se trasladó porque tomo la decisión en el momento.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando COLPATRIA S.A hoy PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes

pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a PORVENIR S.A., el 1 de julio de 1998, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **LUIS GERARDO GOMEZ MANTAÑEZ**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales

como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias csj sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad PORVENIR S.A, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 01 de julio de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUIS GERARDO GOMEZ MANTAÑEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE**

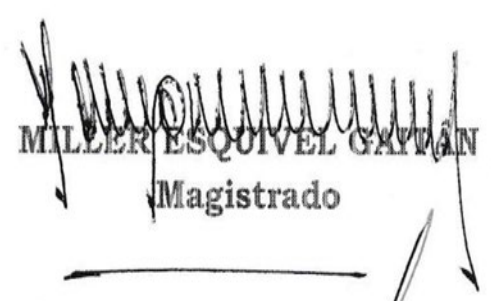
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

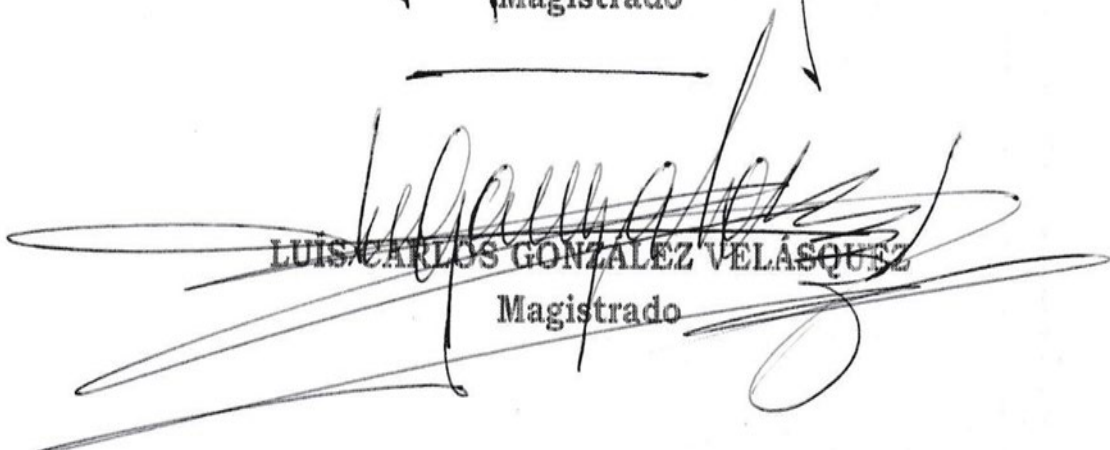
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00., a cargo de esta y a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105028201800587-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 25 de abril de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ILBA LUZ CHAUX MURCIA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A**

ANTECEDENTES

ILBA LUZ CHAUX MURCIA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, realizado por ella en octubre de 2004 a ING PENSIONES Y CESANTIAS hoy PROTECCION SA., y a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., realizado el 8 de octubre de 2008; solicitó que una vez decretado lo anterior, se ordene el traslado en favor de ella, del RAIS al RPMPD, administrado por COLPENSIONES, que se declare y se ordene al HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. a cancelar a COLPENSIONES, los aportes realizados por ella, junto con sus rendimientos; igualmente requirió que se

declare y se condene a pagar por parte de ING PENSIONES Y CESANTIAS hoy PROTECCION SA., y a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., la diferencia resultante entre los aportes realizados por actora a la Administradora de Fondos de Pensiones y aquellos que se deban acreditar ante COLPENSIONES; que se declare y se ordene a COLPENSIONES, realizar los trámites necesarios para hacer efectivo el traslado del RAIS al RPMPD de los aportes que haya realizado, que posteriormente se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al RPMPD, solicito que se declare por cualquier otro derecho que resulte de la aplicación de los principios extra y ultra petita, finalmente solicito que se condene a las demandadas en costas del proceso incluyendo las agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 24 de mayo de 1962., que para el 1 de abril de 1994, tenía 31 años de edad, indicó que ingreso a trabajar en la entidad FCA, de confecciones y fue afiliada al RPMPD el día 10 de abril de 1989, informó que evidencio un error en la historia laboral existente en COLPENSIONES, en cuanto a la fecha de nacimiento, que su fecha correcta es la del 24 de mayo de 1962 y no el 29 de julio de 1963, que ya aclarado lo anterior, manifestó que cotizo sus aportes a Pensión en el ISS desde el mes de abril de 1989 hasta el 30 de septiembre de 2004; advirtió que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, señala en su literal e) *“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial”*. expuso que fue contratada en la Corporación Universitaria Minuto De Dios, a partir de octubre de 2004, que asesores comerciales, adscritos y representantes del fondo de Pensiones ING PENSIONES Y CESANTIAS hoy PROTECCION SA. en la ciudad de Bogotá, desarrollaron gestiones de vinculación a pensiones obligatorias a los empleados la entidad donde laboraba, que esta situación se presentó en octubre de 2004, cuando quedo afiliada al RAIS, en el Fondo ING PENSIONES Y CESANTIAS hoy PROTECCION SA., que posteriormente en fecha 8 de octubre de 2008, se trasladó del ING a PORVENIR, afirmó que fue persuadida en octubre de 2008 por el Sr. JORGE LUIS RIOS CC. 79543930, en calidad de asesor comercial de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., para que se vinculara como afiliada a este Fondo de Pensiones, que según formulario de afiliación No. 1054971 y/o 6758022, diligenciado el 8 de octubre de 2008, fue vinculada a este Fondo de Pensiones, como cotizante, enunció que los asesores comerciales de ING PENSIONES Y CESANTIAS hoy PROTECCION SA., y de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., al momento de realizar las afiliaciones omitieron información sobre la edad mínima para obtener la pensión, la favorabilidad de continuar o no vinculada al RPMPD, que la engañaron y hubo ausencia de información en temas como : Saldo o valor final que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para obtener la pensión de vejez en el RAIS; efectos legales del traslado al RAIS y sus consecuencias económicas a futuro al momento del reconocimiento de la pensión de vejez, afirmo que hubo omisión del cumplimiento del deber de información y del buen consejo, exteriorizó que para septiembre 30 de 2004, fue persuadida por el asesor de ING PENSIONES Y CESANTIAS, que para la época contaba con 752 semanas de cotización aproximadamente, realizadas en el RPMPD, que para octubre de 2008, al ser convencida por el asesor de HORIZONTE - contaba con 921 semanas de cotización aproximadamente entre el RPMPD y en el RAIS con 169 semanas, asevero que se generó en el ISS el respectivo bono pensional

al RAIS. Expuso que el 14 de marzo de 2018, solicito el traslado de régimen de Pensiones ante COLPENSIONES, solicitud fue negada por esta entidad, que sustentó que no es procedente darle trámite ya que la información consultada indica que ella se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse. Indicó que para el 23 de julio de 2018, , cuenta con 1364 semanas cotizadas aproximadamente para su pensión de vejez, que para la misma fecha, cuenta con un aporte obligatorio para pensión de vejez, por un valor de Ciento Sesenta Millones Doscientos Veintiséis Mil Cuatrocientos Dos Pesos (\$160.226.402), que al momento de la presentación de la demanda, cuenta con la edad de 56 años, expuso que con los aportes realizados actualmente en el PORVENIR S.A., la Pensión es sobre el Salario Mínimo Legal vigente, como se evidencia en la proyección realizada por PORVENIR SA, advirtió que por las falencias, engaño y ausencia de información al momento de la vinculación al RAIS desde el año de 2004 y 2008, está sometida a que se le desmejoren sus derechos y condiciones a una mejor pensión de vejez, indicó que con la aplicación de la Ley favorable y de las normas Constitucionales en favor de ella se debe decretar la nulidad de traslado a los fondos pensionales y que en consecuencia sea retornada al RPMPD administrado COLPENSIONES.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES PROTECCION y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de buena fe; falta de legitimación en la cusa por pasiva; inexistencia del derecho de regresar al RPMPD; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago en costas en instituciones administradoras de seguridad social de origen público e innominada o genérica. (fls. 82 a 86).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al RAIS; ratificación de la afiliación d: la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (fls. 11 a 13).

El **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIONS.A.** propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de declaración de manera libre y espontánea del demandante la momento d a afiliación; buena fe por parte de la AFP COLFONSOS S.A.; inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante en PROTECCION S.A.; 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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta los derechos de terceros de buena fe; prescripción y genérica. (fls. 110 a 112).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 162 a 163).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de abril de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, Declaro la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora ILBA LUZ CHAUX MURCIA al RAIS de fecha 01 de noviembre de 2004, por intermedio de la AFP COLFONDOS S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPMPD, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia. Condeno a PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora ILBA LUZ CHAUX MURCIA identificada con C.C: 51.684.598 a COLPENSIONES. Condeno a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral. Declaro no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condeno en costas de esta instancia a las demandadas y señaló como agencias en derecho la suma de \$800.000 a cargo de cada una de ellas, AFP COLFONDOS S.A., AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y a favor de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas, argumento que no existen razones fácticas u jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico, indicó que la demandante se trasladó de régimen pensional y que la decisión tomada por la actora la hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o premios de ninguna naturaleza, que existió cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en la que se produjo el

traslado. explico que la actora antes de adoptar la decisión, recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del régimen, que suscribió el formulario de solicitud de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la de Superintendencia Bancaria, que la demandante manifestó expresamente que lo hacía en forma voluntaria y libre, solicitó que se tenga en cuenta que el traslado de la demandante al RAIS no se hizo por medio de mí PORVENIR S.A., sino por medio de la AFP COLFONDOS y que el momento del traslado horizontal PORVENIR S.A, brindó asesoría clara suficiente y verás de manera verbal; posteriormente indico que la condena de devolver conjuntamente rendimientos, gastos de administración y seguros provisionales, PORVENIR S.A., se aparta respetuosamente de esta censura. Pues bien, no resulta coherente que se declare la ineficacia en unos sentidos y en otros no, como quiera que la consecuencia de la aplicación de dicha figura tal como lo manifiesta la honorable Corte Suprema Justicia es *“declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás”*, aduce que los frutos dados por la administración de los recursos de la demandante por parte PORVENIR S.A., no se generaron, advirtió que los rendimientos financieros, al ser privativos del RAIS, asentarían a la demandante en una condición diferente a la que se encontraría si perteneciera al RPMPD, dado que recibiría dineros que no se generan en este régimen pensional en clara contradicción a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio; exteriorizo que las sumas correspondientes a los gastos de administración, tienen por mandato legal una destinación específica que en este caso cumplió plenamente su cometido en el período en el cual la demandante ha mantenido su vinculación con el RAIS, de tal suerte que estas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigía por la ley y no se encuentran en poder de PORVENIRS.A., pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaba la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual de la demandante en línea con todo lo señalado anteriormente, indicó que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera De Colombia, entidad encargada de vigilar, entre otras, a las Sociedades Administradoras De Fondos De Pensiones y que cuenta dentro de sus facultades, emitir conceptos doctrinales respecto de los temas de su competencia , señalo que la entidad antes mencionada dispuso que el traslado los recursos entre los regímenes debe efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, que el artículo 7 del decreto 395 del 2008, disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos en que, por cualquier circunstancia, sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluye las restituciones que deben hacerse cuando se ordena la nulidad o la ineficacia del traslado, considero entonces que hay una norma que regula la situación y no ve ninguna razón atendible para apartarse de ella e incluir conceptos que no contiene, que por razones lógicas, no pueden trasladarse; también advirtió que el porcentaje de los soportes con destino al seguro de invalidez y sobrevivencia, son dineros trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas por PORVENIR S.A., con los cuales la demandante tuvo

cobertura durante toda la filiación frente a los riesgos de invalidez y muerte, que cumplieron la finalidad establecida en la ley, anunció que no resulta pertinente una eventual devolución de dichos montos, finalmente solicito revocar la condena de agencias en derecho, que desestimada la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores a los que fue condenada, deberá desestimarse la condena en costas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, argumento que en este caso valorado con la figura de la ineficacia y no la nulidad se evidencio, que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizo actos que evidenciaran su inconformidad de pertenecer a las AFP'S, que a la fecha se tienen una densidad considerable de años, que no denota que las alegadas falencias, engaño y falta de información, que sean contrarias al fenómeno jurídico de la ratificación que perfecciona el acto eficaz con ocasión al artículo 898 del Código de Comercio, que expresa la ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las actuaciones pertinentes, que perfeccionara el acto inexistente en la fecha de tal ratificación e igualmente ese artículo tiene correlación directa con la sentencia SL 413 del 2018 SL 3752 del 2020 y sentencia SL 1061 del 2021 que desarrollan los actos de relacionamiento.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, PORVENIR S.A. solicita su absolución y que se revoque la sentencia dictada por el a Quo dictada en primera instancia en razón de que la afiliación fue eficaz ya que la actora recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al régimen de ahorro individual, por otro lado, argumentan que la carga de la prueba no fue demostrada por ende este contrato no presenta causal de vicio de consentimiento.

La parte demandante, peticiono que se confirme el fallo en primera instancia, ya que no se observó el deber información, que genera la ineficacia de la afiliación, y así mismo el traslado de régimen.

Por último, COLFONDOS, implora revocar el fallo de primera y en su lugar absolver, a Colfondos s.a., de todas las pretensiones de la demanda, toda vez que atendiendo al objeto de la pretensión, esto es, la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A, es claro que la entidad que represento, brindó información cierta y suficiente a la aquí demandante, quien realizó traslado de régimen de manera libre y voluntaria, adicionalmente no hizo uso del derecho de retracto que le asistía.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes.

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si COLFONDOS S.A, cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 14 de marzo de 2018 y su respuesta el mismo día. (fl 19 – archivo 01).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

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

el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 24 de mayo de 1962 (Archivo 02 expediente administrativo); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de abril de 1989 y el 30 de septiembre de 2004, 771,57 semanas (Archivo 02 expediente administrativo); iii) que el 29 de septiembre de 2004, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de noviembre de 2004, posteriormente, el 28 de febrero de 2008, se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad del 1 de abril de 2008, luego, el 8 de octubre de 2008, se traslado a HORIZONTE, con fecha de efectividad del 1 de diciembre de 2008, por último, el 1 de diciembre de 2014, se traslado a PORVENIR S.A., con fecha de efectividad 1 de enero de 2014. (fl. 301 Archivo 01) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1,455 semanas (fl. 323 y ss Archivo 01).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que realizó su traslado en el año 2008 a HORIZONTE, que en ese momento hubo unas reuniones grupales en la empresa, en las cuales, se hicieron por grupos más o menos de 15 personas, que fueron informados de los beneficios que se tenían en ese momento, ante el fondo privado, que le comunicaron que el ISS, se iba a acabar, que esta información le genero preocupación por su vejez y firmo el formulario de afiliación, indicó no haberlo leído, que lo hizo convencida de que la información que le habían dado era la real, que fue de forma libre y voluntaria, indicó que el asesor le ofreció una pensión mayor a la del ISS, advirtió que nunca radicó ante Colfondos solicitud de retracto de su afiliación, que no requirió ni fue informada por algún fondo sobre su cuenta de ahorro individual, indicó que no hizo aportes voluntarios a su cuenta de ahorro individual en ningún fondo, afirmó que al momento de los traslados que realizo las charlas eran muy cortas y no le dieron de opción de preguntas, que para ella la información había quedado clara, que entendió que los beneficios eran buenos, informo que los extractos de PORVENIR S.A., le llegan ocasionalmente, que no los entiende, pero que puede leer cuantas semanas lleva cotizadas, expreso que no ha verificado cuanto es el saldo que tiene en su cuenta de ahorro individual, advirtió que se acerco a PORVERNIR S.A., a verificar cuantas semanas tenia y solicitar una proyección pensional

pero después de interponer a demanda., expuso que realizó traslados horizontales porque cada fondo llegaba con información diferente y mejores ofertas, que nunca tuvo información que le diera claridad de que debía regresar a COLPENSIONES, que ella estaba segura de que el fondo privado era la mejor opción y le iba generar un ingreso mayor, aclaro que hoy entiende que en el RAIS se pensionaría con un mínimo y que en COLPENSIONES con un monto mayor, que este es su motivo principal para regresar al RPMPD, que precisamente cuando se trasladó a los fondos privados fue buscado una mejor pensión, que realizó traslados entre regímenes porque cada asesor llegaba ofreciendo mejores expectativas pensionales, pero que ninguno le informó sobre el RPMPD y sus características.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando COLFONDOS S.A, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a COLFONDOS S.A, el 29 de septiembre de 2004, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de noviembre de 2004, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen

pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **ILBA LUZ CHAUX MURCIA**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo

demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad PORVENIR S.A., no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se relevén de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

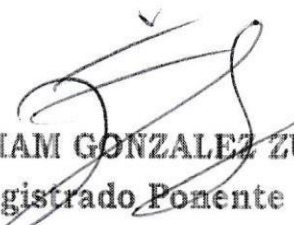
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de abril de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso

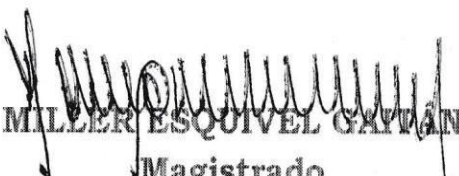
ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ILBA LUZ CHAUX MURCIA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

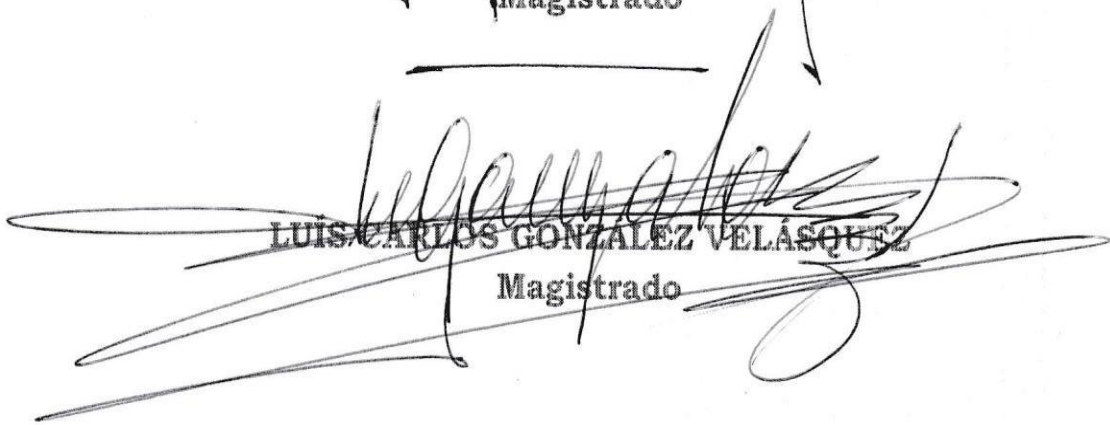
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105028202100023-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A. en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 09 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **HECTOR RICARDO CORTES CAMPOS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**

ANTECEDENTES

HECTOR RICARDO CORTES CAMPOS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, Indicó que debido a la falta del deber de información, inadecuada asesoría e inducción en error, de la asesora comercial de CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías “PROTECCION S.A., solicitó que se declare sin solución de continuidad, su afiliación al RPMPD, administrado por la

Administradora COLPENSIONE, antes ISS; que como consecuencia de las precedentes declaraciones, deferentemente solicito: Condenar a PROTECCION S.A. a entregar los bonos pensionales correspondientes, liquidar el valor de los aportes existentes en su cuenta individual, con el respectivo cálculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por el cobro de servicios financieros y enviarlos o depositarlos a su nombre, en la COLPENSIONES, que se ordene a la COLPENSIONES, a recibir el valor de los aportes existentes en su cuenta individual, con el respectivo cálculo actuarial, bonos pensionales, rendimientos financieros, comisiones, intereses, reintegro por el cobro de servicios financieros, girados por PROTECCION S.A., que en consecuencia se les condene a pagar las costas del proceso, si se oponen a él, así como los gastos que se causen incluyendo las agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 8 de marzo de 1955., que se afilió al ISS el 01 de julio de 1977., que cotizó al ISS, entre el 1° de julio de 1977 al 31 de agosto de 1984, computando 21.43 semanas; indicó que fue afiliado a la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA CAPRESUB”, realizando aportes del 1° de septiembre de 1984 al 30 de noviembre de 1993., que posteriormente se afilió a la CAJA DE PREVISION SOCIAL denominada “CORPORANONIMAS”, efectuando cotizaciones del 1° de febrero de 1994 al 30 de septiembre de 1997., señaló que cotizó en las dos Cajas de Previsión Social citadas en los hechos 4° y 5°, el equivalente a 496 semanas.; adujo que se trasladó del RPMPD, administrado en su momento por la CAJA DE PREVISION SOCIAL denominada CORPORANONIMAS al RAIS , administrado por CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A., especificó que suscribió el formato “SOLICITUD DE VINCULACIÓN AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS” de CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG el 1° de septiembre de 1997, con efectividad a partir del 1° de octubre de 1997., explicó que CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG, en momentos previos y posteriores al traslado entre regímenes pensionales, no acreditó idoneidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado de la asesora comercial, consagrados en el inciso 2° del artículo 4° del Decreto 720 de 1994., que la asesora comercial de CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG, no informó, ni lo ilustró en el momento del traslado, sobre las características, ventajas, desventajas y objetivos de cada uno de los regímenes vigentes y las consecuencias jurídicas del traslado, que no le advirtió que este formato lo trasladaría de régimen pensional por ministerio de la ley 100 de 1993., que no le explicó la posibilidad legal de ejercer el derecho de retracto y el término para formularlo, manifestó que la asesora comercial de CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG, le informó de la inminente desaparición de las administradoras públicas de pensiones, entre ellas, las Cajas de Previsión Social y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; que de no trasladarse a un fondo privado de pensiones, arriesgaría los aportes efectuados en las administradoras públicas de pensiones, que le expresó, que de liquidarse las administradoras públicas de pensiones, el Gobierno Nacional no garantizaría el pago de futuras de pensiones, que de trasladarse al RAIS su mesada pensional alcanzaría un monto superior a la que le correspondería de mantenerse en el RPMPD., Concluyo que la falta de información objetiva, comparada, comprensible y transparente, sumada a la falsa promesa de obtener una pensión superior, lo indujo en error y se trasladó del RPMPD,

al RAIS, administrado por CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG, que lo anterior fue consecuencia de no haber recibido ilustración de las características, ventajas y desventajas, alternativas e inconvenientes del RPMPD, indicó que la comercial de la CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG, no elaboró ni le entregó cuadros comparativos de los dos regímenes pensionales, que no le explicó al actor que el monto de su pensión en el RAIS, y que este dependía del capital acumulado en una cuenta de ahorros individual de acuerdo al nivel de cotizaciones presentes y futuras, que nunca le fue brindada una información con datos necesarios, suficientes de las modalidades de pensión establecidas en el RAIS y en el RPMPD y las alternativas existentes de la época que le permitiera tomar una decisión para sus mejores intereses, manifiesto que no le fue entregado al momento de la vinculación al plan de pensiones, el reglamento de funcionamiento, aprobado por la Superintendencia Bancaria, incumpliendo la obligación legal consagrada en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, advirtió que CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG, no cumplió con el deber de información, asesoría y buen consejo, al no explicarle las ventajas y beneficios de regresar al RPMPD, cuando aún le faltaban 10 años para cumplir 52 años de edad, que no le brindó información suficiente, cierta, comprensible, oportuna y transparente, en aras que el comprometiera conscientemente su voluntad en el acto jurídico de traslado de régimen pensional; informó que PROTECCION S.A., expidió el 25 de agosto de 2020 historia laboral, informando el equivalente de 1.670.29 semanas cotizadas, que le proyectó el 18 de septiembre de 2020, una mesada pensional al cumplir 65 años de edad, por la suma \$2.997.005.00., explicó que de acuerdo al ingreso base de cotización de los últimos diez (10) años, el demandante percibiría en el RPMPD, una pensión de vejez superior a la ofrecida por la asesora comercial al momento del traslado y la proyectada en el hecho precedente; que por lo anterior radicó el 22 de septiembre de 2020, reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando tramitar con PROTECCION S.A. la entrega de todo el ahorro efectuado en su cuenta de ahorro individual, por efectos de su retorno al RPMPD., manifestó Que COLPENSIONES a la fecha de la radicación de esta demanda, no había dado respuesta a la solicitud, que posteriormente radicó el 22 de septiembre de 2020 en PROTECCION S.A., derecho de petición, solicitando autorizar su traslado al RPMPD; dilucidó que ha cotizado ininterrumpidamente desde el mes de septiembre de 1997 al RAIS, con destino PROTECCION S.A., finalmente anunció que el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1695 de 1997, dispuso la supresión y liquidación de CORPORANÓNIMAS y que a través del Decreto 2398 de 2003, dispuso la supresión y liquidación de la CAPRESUB.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021; perfeccionamiento actos de relacionamiento; perfeccionamiento actos de relacionamiento; hecho de la víctima/afiliado; perfeccionamiento del acto inexistente; saneamiento nulidad; protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero; inexistencia del derecho; pago de lo no debido; prescripción y caducidad e innominada o genérica; buena fe (Archivo 09, fls. 5 a 12).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, 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 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 e Innominada o Genérica. (Archivo 11, fls. 21 a 25).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 09 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor HECTOR RICARDO CORTES CAMPOS al RAIS, de fecha 01 de noviembre de 1997, por intermedio de PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTIAS y, en consecuencia, declaró como afiliación válida, la del RPMPD, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia; en consecuencia, de lo anterior condenó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor COLPENSIONES; Condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral; finalmente declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; las COSTAS DE ESTA INSTANCIA estuvieron a cargo de las demandadas COLPENSIONES Y PROTECCIÓN, se señaló como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor del demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PROTECCION S.A., de todas las condenas, indicó que la orden de trasladar a COLPENSIONES lo correspondiente a los gastos de administración, comisiones y sumas adicionales durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado PROTECCION S.A., alegó que no es procedente que se ordene la devolución de dichos conceptos, todas vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración como lo es legalmente permitido ante cualquier entidad financiera, advirtió que con la condena que ordena a PROTECCION S.A., a devolver los gastos, dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por la comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte actora, que adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada, señaló que PROTECCIÓN S.A. tiene derecho a conservar esa comisión, como restitución mutua a su favor, que no hay razón para tener que trasladar dicho dinero a COLPENSIONES; finalmente advirtió que se debe tener presente, que en caso de confirmar la condena PROTECCION S.A., va asumir con su propio patrimonio los valores de los descuentos permitidos por mandato legal para la comisión de administración, que se estaría en presencia de una condena de perjuicios en contra el patrimonio de la AFP, la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil, con los elementos propios de ésta y en el presente proceso no fue materia de prueba ni quedo demostrada la acusación de los mismos, toda vez que la inversión de la carga de la prueba frente a la pretensión de ineficacia de la afiliación y no frente al tema a los perjuicios, los cuales no fueron mostrados por la parte mandante; exteriorizó que frente a la condena devolver las sumas adicionales de la aseguradora, se debe tener claro, que esta fue girada a una aseguradora para que, en caso de existir un siniestro sobrevivencia o invalidez dicha compañía pague una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, que inclusive la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación de la parte demandante, que PROTECCION S.A., esta imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a COLPENSIONES, toda vez que en este caso, la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la parte demandante y PROTECCIÓN S.A. Finalmente apeló la condena en costas

sugiriendo que la filiación se presentó con COLMENA y no con PROTECCIÓN S.A.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, sustentó que los argumentos expuestos en la sentencia no toman en cuenta algunas reglas aplicables dentro de las relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante; solicitó que en segunda instancia se tenga en cuenta los siguientes aspectos; que las obligaciones legales y contractuales que tenía el trabajador en el momento de la realización de la solicitud de traslado, del régimen pensional conforme el decreto 2241 del 2010, que presentándose dentro de este caso, un silencio financiero en el tiempo, por no tener una adecuada atención en revisión de sus negocios jurídicos. aceptados desde el momento del traslado por la parte demandante; que la responsabilidad objetiva indilgada directamente COLPENSIONES no debe exonerar en algún momento, la responsabilidad que tendrá el fondo privado por el desequilibrio financiero que se puede presentar en el momento de dicho traslado, que se tenga en cuenta que el RPMPD y el RAIS, manejan distintas, fórmulas para poder sacar rendimientos; indicó que al no tener al demandante dentro de los 10 últimos años con provisión de pensión para el momento de su solicitud de pensión no se puede estabilizar el Sistema Financiero, causándose un decrecimiento al patrimonio del RPMPD manejado por COLPENSIONES, advirtió que en el momento del traslado no le era exigible directamente a los fondos privados, la realización de una asesoría o una documentación adicional o externa para poder demostrar, la información debida; explicó que dentro de estas relaciones contractuales y legales que tuvieron la parte demandante y el fondo privado, COLPENSIONES es totalmente externa a este negocio jurídico y no puede verse afectado al recibir esa carga prestacional, advirtió que tal situación, generaría unas afectaciones a la estabilidad financiera, lo que no se tuvo en cuenta dentro de la sentencia de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal presentados por la parte actora requiriendo que se confirme la sentencia en primera instancia en cuanto a que el fenómeno jurídico de la carga de la prueba, desarrollado jurisprudencialmente, sobre a qué sujeto procesal corresponde asumir la obligación procesal de demostrar el deber de información, tanto en las etapas previas como en las posteriores al traslado, no siendo otro, en el caso de autos, que la administradora de fondos de pensiones, “PROTECCIÓN S.A.”, autenticando lo consagrado en el artículo 1603, en cuanto a la buena fe que debe revestir la ejecución de los contratos, máxime cuando el derecho pensional, está vertebrado por derechos de fundamental linaje.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PROTECCIÓN S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración,

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 22 de septiembre de 2020, de la cual no obtuvo respuesta. (fls 119 – 104 archivo 01).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

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

verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo

precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

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

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

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

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

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 08 de marzo de 1955 (fl. 66 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de julio de 1977 y el 31 de octubre de 1977, 17,57 semanas (fl. 71 Archivo 01); iii) que el 01 de septiembre de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de noviembre de 1997, (fl. 67 Archivo 11) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1708.86 semanas (fl. 70 Archivo 11).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte al demandante, indicó que en el año 1997, se presentó una asesora de la AFP COLMENA para ofrecer los servicios para afiliación a pensiones, informo que nunca leyó el formulario antes de firmarlo, que no se lo facilitaron, solo se lo entregaron para la firma; manifestó que no fue coaccionado u obligado por alguien para firmar el formulario de afiliación; advirtió que se cambió de régimen porque que en ese momento su afiliación estaba en CORPORANONIMAS, que fue una de las cajas que el Gobierno decidió terminar y liquidar, que entonces, se quedó en el limbo y fue cuando apareció la asesora a ofrecer los servicios para que se vinculara como afiliado al Fondo De Pensión Privado; que no sabía que existía como tal el ISS, que para la época venía de ser afiliado, no solamente en CORPORANONIMAS, sino que en CAPRECOM por más de 20 años o 15 años, que al terminarse las cajas no sabía que iba a suceder con el tema de la pensión y simplemente la señora que fue hizo la asesoría, ofreció los servicios y nos puso a firmar el formulario; manifiesto que al momento de suscribir el formulario no le surgieron dudas sobre el traslado de régimen, recordó que la asesoría fue grupal, aseveró que eran más o menos entre 15 o 20 personas y esta se desarrolló en un tiempo de 10 a 15 minutos, exteriorizó que en dicha asesoría no le hablaron sobre las características para pensionarse en el RAIS, que solo le informaron, que tenía la posibilidad de poderse pensionar en un tiempo menor; expuso que su motivación para regresar a COLPENSIONES, es el monto de la pensión que le ofrece PROTECCIÓN S.A., que el mismo no es que está acorde con lo que le indicaron en un principio; reveló que nunca se acercó a

COLPENSIONES, para verificar la información que le habían suministrado, advirtió que no recibió re-asesoría por el Fondo, afirmó que en este momento sabe la diferencia entre el RPMPD y el RAIS,

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

De ahí que, existió error de hecho cuando **COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.**, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a **COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.**, el 01 de septiembre de 1997, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de noviembre de 1997, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las

condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **HECTOR RICARDO CORTES CAMPOS**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PROTECCIÓN S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es,

como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad PROTECCIÓN S.A., no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **HECTOR RICARDO CORTES CAMPOS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

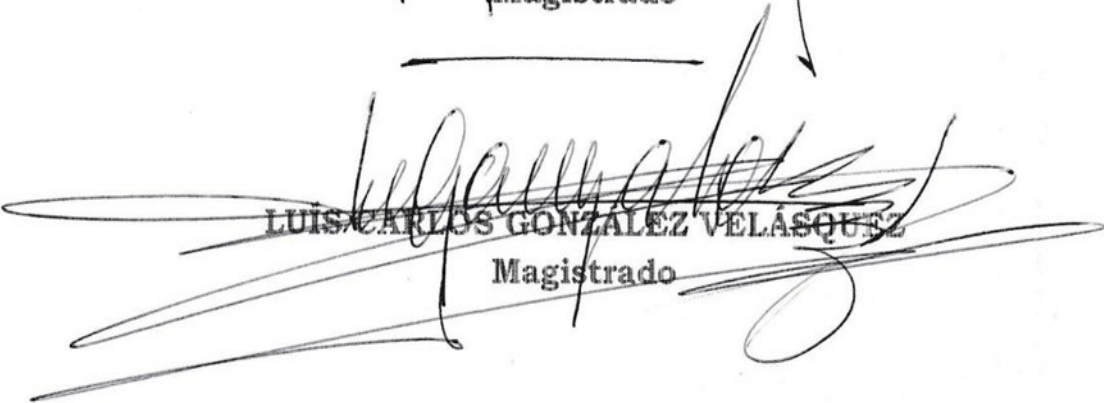
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105035202000092-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES., PORVENIR S.A y PRETECCION S.A. en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 07 de marzo de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LILIA VELASCO MATEUS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A.**; no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES al Doctor Jheisson Santiago Garzón Piamonte, con Cedula de ciudadanía No. 1.018.435.921 DE BOGOTA, con la Tarjeta Profesional No. 277810 del C. S. de la J. en los términos y para los efectos de los poderes.

ANTECEDENTES

LILIA VELASCO MATEUS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, que como consecuencia de la anterior declaración se ordene a la AFP PORVENIR S.A., devolver al RPMPD, todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses, requirió que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a

continuar con su afiliación en el RPMPD, que se condene a las DEMANDADAS al pago de las sumas de dinero con la correspondiente indexación, finalmente solicitó que se efectúen las declaraciones y condenas ultra y extra petita, de conformidad con lo preceptuado por el Artículo 50 del C.P.T. y de la S.S. y demás normas concordantes y que se condene a las demandas al pago de las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 17 de abril de 1961., indicó que cotizó al Sistema Pensiona en el RAIS Y en el RPMPD, desde el 23 de octubre de 1990 hasta el 29 de noviembre de 1999, que posteriormente se traslado al RAIS con la AFP COLMENA, desde el 01 de diciembre de 1999 hasta el 29 de febrero del 2000, que se traslado a ING el 01 de marzo del año 2000, hasta el 30 de septiembre del 2001, que finalmente realizo el traslado a PORVENIR S.A., el 01 de octubre del 2001, AFP en la actualmente se encuentra cotizando; expresó que los aportes efectuados por ella en el ISS hoy Colpensiones aparecen trasladados a la AFP PORVENIR S.A., advirtió que el asesor encargado de dicho traslado no le suministró la información necesaria para tomar la decisión, induciéndola en error, que al momento de realizar el traslado a la AFP devengaba un salario superior al salario mínimo para dicha calenda, salario que fue variable pero en aumento, manifiesto que era obligación del asesor realizar una proyección a futuro sobre dichos valores, pero esta fue omitida por la AFP PORVENIR; comunicó que mediante derecho de petición radica¹do ante COLPENSIONES el 01 de noviembre de 2019, solicitó realizar los tramites correspondientes para que ella consiga continuar en el RPMPD administrado por COLPENSIONES, indicó que la entidad dio respuesta el 05 de noviembre de la misma anualidad y negó la solicitud, reveló que posteriormente el 01 de noviembre de 2019, radicó derecho de petición ante A-FP PORVENIR, para que se realizara su traslado a COLPENSIONES, manifestó que la entidad dio respuesta el 05 de diciembre de 2019, negando la solicitud, exteriorizo que la pensión jubilación que le llegare a reconocer el Fondo Privado de Pensiones no le resulta favorable con respecto a la que le otorgarla Colpensiones.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCION S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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 e innominada o genérica. (archivo 13, fls. 19 a 38).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y genérica. (archivo 11 fls. 3 a 29).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir; buena Fe; prescripción; aprovechamiento Indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General De Pensiones; Innominada o Genérica; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declaró la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de los aportes a otra Administradora. (archivo 22 fls. 13 a 20).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 07 de marzo de 2022, por el Juzgado Treinta y cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá. declaro ineficacia del traslado efectuado por LILIA VELASCO MATEUS al RAIS con la AFP PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia de ello, ordeno a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos. Condeno a las AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que éste permaneció afiliado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia. Condeno a COLPENSIONES a volver a afiliar a la demandante al RPMPD y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado en PROTECCIÓN S.A., finamente condeno en costas a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que la demandante realizó el traslado

al RIAS, de manera libre, voluntaria y de conformidad con lo establecido en el numeral b, artículo 13 de la ley 100 de 1993. Con respecto a la carga de la prueba, indicó que resulta desproporcional colocarla en la AFP y en COLPENSIONES, teniendo en cuenta que esta última es la más afectada en lo atinente en la sostenibilidad del sistema pensional, arguyendo que aún más, cuando la afiliación se realizó para el año 1999, es decir, aproximadamente hace más de 20 años, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, indicó que aunque la Corte Suprema, utiliza como norma para la aplicación del deber de información el decreto 663 de 1993, explicó que ese decreto se materializó a través de la ley 1748 de 2014 y decreto 2061 de 2015. Señaló que si en la presunta falta de información se produce un efecto cierto o adverso, como es perder el régimen de transición pensional o si se trata de una situación donde el afiliado no se puede trasladar de régimen o encuentra en esta clase de acciones la oportunidad para obtener un beneficio indebido, al querer ignorar las normas que regulan de forma clara los términos y oportunidades en que debe surtirse la movilidad entre regímenes, alegó que este último escenario no es el objeto de protección y alcance de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que dicho proceder termina por socavar los principios fundamentales sobre los cuales se erige todo el sistema general de la seguridad social como es la autonomía en la voluntad del afiliado y la libre elección del régimen pensional; además, indicó que se debe tener en cuenta que una persona que no está afiliada al RPMPD, pretenda que el sistema sea solidario y requiera beneficiarse de aportes que no ha realizado, lo que pondría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de las personas que siempre han cotizado al mismo de manera subsidiaria, manifestó que en caso de confirmarse la sentencia, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES, previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, debidamente indexadas por el periodo en que permaneció afiliada al fondo privado, como quiera que COLPENSIONES, no podrá dar cumplimiento al fallo, hasta tanto la AFP, reintegre los recursos. Finalmente, solicitó que no se condene en costas a COLPENSIONES, ya que, esta no participa en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato celebrado por partes ajenas a COLPENSIONES.

Por su parte la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, interpone recurso de apelación frente a la decisión emanada proalmentemente con relación a la condena interpuesta a PROTECCION S.A., de la devolución de los dineros a COLPENSIONES, argumento que los dineros que fueron descontados por concepto de gastos de administración en la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia, lo que no es aplicable por analogía del artículo 1746 del Código Civil, en cuanto a que le es dable a PROTECCION S.A., tener lo correspondiente a los gastos de administración, por la generación de los

rendimientos financieros de la cuenta individual de ahorros de la actora; advirtió que ese mismo artículo, habla sobre el reconocimiento de los frutos sobre el bien administrado, el ahorro de mejoras; explicó que cuando se pretende en una fricción desconocer los efectos jurídicos del acto celebrado entre las partes, es importante establecer que frente a esa condena, se estaría constituyendo perjuicio al patrimonio de PROTECCION S.A., que tendría que examinarse a la luz de una responsabilidad civil, circunstancia que no fue probada, ni fue materia de debate dentro del presente proceso, violentando los derechos de defensa y contradicción de PROTECCION S.A.; argumentó que con respecto a lo que tiene que ver con los gastos de administración, sobre los mismos se aplica el término de prescripción de conformidad a lo dispuesto por el Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal Laboral, que estos emolumentos no financian directamente la prestación económica por vejez, que fueron descontados en la periodicidad que impone la Ley, que en ese sentido no pueden ser cobijados con la misma naturaleza o la misma condición de aquellos dineros que si financian directamente la prestación económica de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpone recurso de apelación, para que se revoque la sentencia de instancia; solicitó se absuelva a PORVENIR S.A., indicó que no le asiste razón alguna para declarar la ineficacia del traslado en base a una falta de información, cuando no era obligatorio, que la circular 19 de 1998, emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, donde la única exigencia establecida era la información del formato de afiliación; manifestó que PORVENIR S.A., siempre cumplió con la totalidad de las exigencias a su cargo, brindando una información adecuada a la actora, respecto a sus condiciones pensionales en el RAIS, con la normatividad vigente; alegó que no se puede deducir, que porque PORVENIR S.A., no haya podido probar de manera documental distinta al formulario que la asesoría fue brindada en debida forma, conforme a los lineamientos vigentes, que para la época del traslado no era necesario entregar documentos; manifestó que le llamo la atención que en el interrogatorio de parte la actora conocía a grandes rasgos las características del RAIS, que en consecuencia la decisión trasladarse fue de manera libre y voluntaria; indicó que en cuanto los gastos de administración, no resulta razonable realizar la devolución, sustentó que en el RPMD también se descuenta un porcentaje de la cotización a financiar la pensión de invalidez y sobrevivencia; advirtió que la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante concepto del 15 de enero de 2020, indicó que en los eventos que surgiese la ineficacia, los únicos dineros a trasladar serían las cotizaciones y los rendimientos, no hace mención de la prima de seguro previsional, gastos de administración y sumas de dineros distintos; manifestó que la devolución de estos dineros va generar un enriquecimiento a COLPENSIONES sin causa, debido a que no hay una norma legal o constitucional que disponga tal devolución; señaló que el artículo 113 literal B de la Ley 100 1993, dice que los únicos dineros que se deben trasladar son las cotizaciones y los rendimientos cuando hay un cambio de Régimen

Pensional; solicito se declare la prescripción de la devolución de cualquier otro tipo de dinero distinto a las cotizaciones o rendimientos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el plazo concedido, COLPENSIONES y PORVENIR solicitan que se anulara la decisión por no existir prueba en el caso que demostrara el error de aceptación, ilustrada como deber de información. Por otra parte, la actora insistió en que se confirmara el fallo en primera instancia, ya que durante la estipulación se había incumplido la obligación de orientar sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen, para concluir que hay consentimiento, pero no información.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PROTECCIÓN S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 1 de noviembre de 2019 y su respuesta el 5 de noviembre de 2019. (fls 17 - 22 archivo 01).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las

Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 17 de abril de 1961 (fl. 39 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 23 de octubre de 1990 y el 30 de noviembre de 1999, 363,86 semanas (fl. 31 Archivo 01); iii) que el 21 de octubre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de diciembre de 1999, posteriormente, el día 1 de abril de 2000, se traslado a ING, con fecha de efectividad del 1 de abril de 2000, por último, el 11 de septiembre de 2001, se traslado a PORVENIR S.A., con fecha de efectividad del 1 de noviembre de 2001. (fl. 108 Archivo 11) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1446 semanas (fl. 78 y ss. Archivo 11).

También absolvió interrogatorio de parte de la demandante; indicó que tiene 60 años de edad, estado civil divorciada, de profesión Ingeniera Química; expresó que se encontraba cotizando en el RPMD administrado por ISS desde el año 1990, que realizó traslado al RAIS en 1999, cuando se encontraba laborando en INGELUB como Ingeniera de Soporte Técnico,

indicó que a la oficina asistieron dos asesores de COLMENA, que le brindaron una charla pequeña, aproximadamente de 15 minutos, donde le informaron que ISS se iba acabar, que existían unos fondos particulares donde se podían vincular; manifestó que se asustó cuando le dijeron que el ISS se iba acabar, que preguntó que podía hacer en ese caso, afirmó que el asesor le paso un formato para realizar la afiliación, que lo diligenció con sus datos personales, que como beneficiarias colocho a sus dos hijas; que inmediatamente el asesor de COLMENA le informo que con ese fondo saldría pensionada con las mismas condiciones que tenía en el ISS, que la cuenta de ahorro individual iba generar unos rendimientos y que en caso de fallecer sus hijas podían heredar la pensión por ser las beneficiarias, advirtió que el asesor no le indico cuales eran los requisitos para pensionarse, que nunca le hablo de los riesgos, desventajas de cambiar de Régimen; que recibió extractos pero nunca los entendió, solo salían valores, manifestó que en el año 2001 se trasladó a PORVENIR S.A. porque le dijeron que todos los fondos privados eran iguales; que no se devolvió al ISS porque le generaba mucha incertidumbre, concluyó diciendo que se siente engañada porque creyó lo que le dijeron los asesores; comunico que en año 2016 se acercó a PORVENIR S.A., averiguar porque el extracto le estaba saliendo con pérdidas y para preguntar por los requisitos para pensionarse, que posteriormente le hicieron una proyección pensional, que el valor que le dieron no era lo que ella esperaba, pero no sabe cuál será la mesada pensional ni con el RAIS ni con RPMD; manifestó que nunca se acercó al ISS para averiguar si era verdad que se acabaría porque confió en la información suministrada por los fondos privados.

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

las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actor a a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 21 de octubre de 1999, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de diciembre de 1999, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no supe el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia

de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **LILIA VELASCO MATEUS**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad COLPENSIONES, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se relevén de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 07 de marzo de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LILIA VELASCO MATEUS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

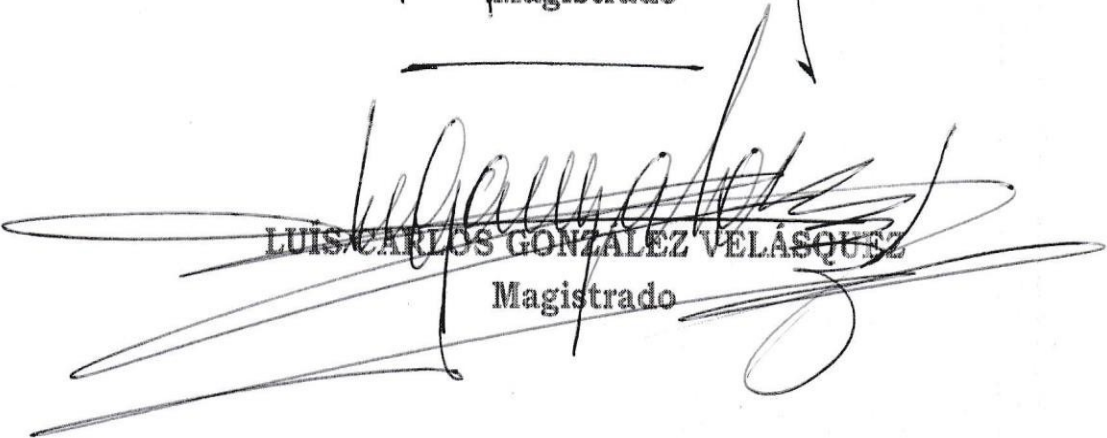
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105035202100157-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 28 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **YOLANDA MEDINA FERRO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora Karen Silvana Mendivelso Cuellar, con Cedula de ciudadanía No. 1.010.201.041 de Bogotá, y con la Tarjeta Profesional No. 267784 del C. S. de la J. en los términos y para los efectos de los poderes.

ANTECEDENTES

YOLANDA MEDINA FERRO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Para que se declare que por falta de los requisitos legales de que dan cuenta los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, que se declare la ineficacia de su afiliación a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., celebrado el 01 de abril de 1998, que se declare válida, vigente y sin solución de continuidad su afiliación al RPMPD, hoy

administrado por COLPENSIONES, que se declare que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. está obligada a devolver los aportes realizados por ella al RAIS, a COLPENSIONES, sin efectuar ningún tipo de deducción de los mismos. que se declare que cumple con los requisitos para acceder a su pensión de vejez en el RPMPD, que se declare que COLPENSIONES, debe reconocer y pagar su pensión de manera inmediata y sin generar ningún tipo de dilaciones. Que en consecuencia de lo anterior se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos y cada uno de los aportes que efectuó al régimen de ahorro individual, incluidos los rendimientos y sin efectuar ningún tipo de descuento; que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar su afiliación al RPMPD, que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reconocer y pagar su pensión de vejez, junto con su retroactivo pensional; que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; solicitó que se indexen las sumas reconocidas, que se condene a las entidades demandadas a lo que ultra y extra petita, resulte debatido y probado en el transcurso del proceso y que se condene a las entidades demandadas al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que 26 de octubre de 1957., indicó que fue afiliada al ISS entre el 27 de abril de 1984., y el 17 de octubre de 1991, con un total de 307.43 semanas; manifiesto que el día 18 de abril de 2001, suscribió formulario de afiliación con la AFP PORVENIR S.A., trasladándose de esta manera del RPMPD administrado el por ISS, al RAIS, que tenía 44 años de edad, que le faltaban 692.57 semanas para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, en aplicación de la Ley 100 de 1993, aproximadamente 13 años, cinco meses y dieciocho días cotizaciones, informo que para la época del traslado del RPMPD al RAIS, el sistema general de pensiones exigía un mínimo de 1.000 semanas de cotización, y en el fondo privado se exigían 1.150 semanas para obtener la garantía mínima; expuso que su traslado a la AFP PORVENIR S.A., se dio en la instalaciones de SALUD TOTAL, empleador para el cual laboraba en esa época, que a las instalaciones la compañía fueron los asesores de AFP PORVENIR S.A., alegó la AFP no le suministro información adicional, que consistente en la edad mínima y en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, es decir, con qué IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada o completar el capital para poder acceder a una pensión de vejez, que además la AFP PORVENIR S.A., no le suministró una información clara y fehaciente con respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría su cambio de régimen pensional, que no le manifestó que con su traslado perdería la posibilidad de pensionarse con el ISS hoy COLPENSIONES, a los 57 años de edad con 1.000 semanas bajo el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, y con una tasa de reemplazo que podía ascender al 85%., que la AFP PORVENIR S.A., no cumplió con su deber de información y buen consejo, al momento de efectuar el traslado, advirtió que en ningún momento le suministro la información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias del traslado del régimen, que le permitiera tomar una decisión consciente, conociendo las desventajas que acarrearía tal

traslado, solo se limitó a efectuar la afiliación, que nunca le realizó a la un estudio previo, individual y concreto, sobre las ventajas y desventajas económicas que le traería a la hora del reconocimiento de una pensión de vejez. Exteriorizó que ha cotizado en la AFP PORVENIR S.A. un total de 898 semanas desde su afiliación al RAIS y hasta el mes de septiembre del año 2016. Que tiene 1205 semanas cotizadas en toda su vida laboral hasta el mes de junio de 2016, teniendo en cuenta las semanas cotizadas en RPMPD, más las semanas que reporta el historial de PORVENIR S.A.

Manifestó que según proyección pensional efectuada el 24 de mayo de 2018, por PORVENIR S.A., con 1206 semanas de cotización, le frece una pensión de \$781.242 para el año 2018, que posteriormente PORVENIR S.A., según proyección pensional efectuada el 09 de octubre de 2014, le ofreció, con 1.206 semanas cotizadas, una mesada pensional de \$781.242 para el año 2018, es decir, un Salario Mínimo; informo que al efectuar la liquidación del IBL, con las cotizaciones efectivamente realizadas en los últimos 10 años, hasta el 1 de julio de 2018, este asciende a la suma de \$1.433.701, que la mesada pensional en el RPMPD administrado por el ISS hoy por COLPENSIONES, teniendo en cuenta el anterior IBL, una vez arribe a los 57 años de edad y con el número de semanas que tiene, sería de \$1.433.701, con una tasa de remplazo mínima del 65%, teniendo en cuenta las modificaciones efectuadas por la Ley 797 de 2003. Finalmente advirtió que el día 24 de febrero de 2021, radicó en COLPENSIONES formulario de afiliación para obtener el traslado del RAIS al de RPMPD; informó que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES mediante comunicado del 24 de febrero de 2021, niego la solicitud, que posteriormente el día 26 de febrero de 2021, radicó en COLPENSIONES formularios para obtener el reconocimiento pago de la pensión de vejez ; comunicó que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES mediante comunicado del 26 de febrero de 2021, negó la solicitud.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; e innominada o genérica. (Archivo 23, fls. 25 a 42).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 20, fls. 25 a 27).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaro LA ineficacia del traslado efectuado YOLANDA MEDINA FERRO, al RAIS con la AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se ordenó a la AFP a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos. Condeno a la AFP PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que éste permaneció afiliado en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia. Condeno a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliarse a YOLANDA MEDINA FERRO al RPMPD y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., finalmente condeno en costas a la demandada AFP PORVENIR S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas, argumentó que si ha existido el deber de información desde la misma declaración de las AFP privadas y también existe un precedente jurisprudencial bastante amplió sobre la materia, que PORVENIR S.A., cumplió a cabalidad con esas cargas, que desde el deber de información estaban disponibles para esta oportunidad recibiendo la señora demandante asesoría por parte de uno de los funcionarios comerciales de la AFP, suscribiendo un formulario de afiliación que obra ante el plenario y siendo este un acto completamente libre y voluntario, que reuniendo esos requisitos necesarios para tener como válidamente afiliado al RAIS, a la señora demandante, que da cuenta del elemento material probatorio al interior del expediente como lo es el formulario de afiliación a aportes

voluntarios el cual la actora manifiesto, que suscribió de manera libre y voluntaria lo cual denota que conoció y tuvo acceso a una de las características adicionales al RAIS, también reflexiono que en ningún momento se le ha coartado el derecho a la información que ha tenido y que en consecuencia se le han entregado los extractos de su cuenta de ahorro individual de manera constante y permanente, permitiéndole conocer la comisión de su ahorro pensional, las fluctuaciones del mismo ahorro y así mismo las operaciones y movimientos que ha realizado PORVENIR S.A., en procura de los rendimientos financieros que hoy en día le hacen mucho más sostenible su ahorro pensional, señaló que se aparta, respetuosamente de la condena de devolver los rendimientos financieros como gastos de administración, que los mismos al ser una características privativa del RAIS, pondrían a la demandante en una posición distinta de haberse encontrado o permanecido en el RPMPD a lo largo de su vida laboral, advirtió que en consecuencia se estaría haciendo una clara contradicción en lo establecido en el artículo 897 del código de comercio, situación que ya ha contemplado la Corte Suprema a través de sentencia SC 3201 del año 2018, respecto de los gastos de administración y sumas por seguros provisionales también están contempladas en la misma ley 100 de 1993, en su artículo 20, con el único propósito de amparar a la demandante frente a las eventuales contingencias de la invalidez o muerte, explicó que PORVENIR S.A., adquiere una serie de seguros provisionales que han amparado su prestación a lo largo de estos ya casi 20 años, que ha permanecido vinculada en el RAIS, alegó que con la condena a la devolución de los gastos de administración se está desconociendo la correcta gestión que ha realizado PORVENIR S.A., generándole los rendimientos financieros visibles hoy en la cuenta de ahorro de la actora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, argumentó que la decisión que se está tomando en los despachos judiciales, de declarar la nulidad o ineficacia de afiliación, quebranta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política De Colombia, modificado por el acto legislativo 01 del 2005, advirtió que genera una situación caótica que des quebranta la debida planeación en el pago las pensiones dentro del RPMPD de las personas que venían aportando al sistema ayudando al sostenimiento del mismo y desdibujándose totalmente, alegó que la estabilidad financiera del RPMPD se garantiza en la medida que el sistema general de pensiones percibe a través de medios jurídicos y financieros los fondos económicos adecuados que le permiten pagar mes a mes una mayor cantidad de pensiones y obtener un ahorro para satisfacer las demás pensiones futuras, bajo la permanente orientación de subsanar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar general, que por lo anterior COLPENSIONES como empresa industrial y comercial del estado del orden nacional debe velar en todo momento por la protección de los dineros públicos destinados

a sustentar el Régimen De Seguridad Social en Pensiones, explicó que en ese orden de ideas es necesario que la prevalencia del interés general sobre el particular, que se deben tomar las medidas pertinentes en búsqueda de proteger los recursos que soportan el sistema pensional conforme a los principios que rigen la Constitución Política de Colombia, advirtió que no se debería declarar la nulidad o ineficacia del traslado pues en ultimas sería el patrimonio público el cual entraría a pagar las pensiones que llegare a percibir la parte demandante, dado que su ahorro se hizo de forma individual este no ayudo a financiar las pensiones de los demás pensionados en el RPMPD, que su ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión por su expectativa de vida, razonó que en el RPMPD, las pensiones son vitalicias en el RAIS son hasta agotar los recursos ahorrados, solicitó que en el evento de que sea necesaria la declaración de nulidad o ineficacia, considerar la realización de cálculo actuarial a cargo bien sea del fondo responsable del vicio o de la demandante de su pago, para subrayar la descapitalización del sistema del RPMPD, teniendo en cuenta lo que menciona la sentencia SU 062 del 2010, donde indicó que para que una persona pudiera acceder al traslado de régimen por cumplir los requisitos de las 750 semanas este adicionalmente tendría que pagar un cálculo de rentabilidad y en este caso no se debería desconocer dicha consideración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal, por el apoderado de la demandante, se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda, solicitando confirmar la decisión del juez de primera instancia por cuanto como quedó demostrado en el proceso, las Administradoras de fondos de pensiones privadas, incumplieron su deber de información y de brindar un debido acompañamiento a la afiliada de acuerdo a su situación real de pensión. Por su parte, COLPENSIONES y PORVENIR peticionan que se revoque la sentencia en cuanto a que la afiliación si tuvo validez, además de ello que se encuentra dentro de la prohibición legal del artículo 2° de la ley 797 de 2003. También se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 24 de febrero de 2021 (fl. 42 – 44 Archivo 01) y su respuesta el mismo día. (fls 46 archivo 01).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

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

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

información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso". (Negrilla fuera de texto)

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

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

cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 26 de octubre de 1957 (fl. 1 Archivo 17); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 27 de abril de 1984 y el 17 de octubre de 1991, 307,43 semanas (fls. 1 a 4 Archivo 28); iii) que el 01 de abril de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de junio de 1998, (fl.113 Archivo 20) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1467 semanas (fl. 52 Archivo 20).

Por otra parte, Se absolvió interrogatorio al apoderado de PORVENIR S.A., quien informo, que su nombre es Nicolas Eduardo Ramos Ramos, identificado con CC. 1.018.469.231 de Bogotá, que cuenta con 27 años edad, que es soltero y que actualmente se ocupa como abogado litigante de Godoy y Córdoba Abogados, informó que desde el mes de mayo de 2021, es representate legal de PORVENIR S.A., afirmo que en el archivo documental de la señora demandante con PORVENIR S.A., no reposa simulación pensional, que no le costa que la AFP le hubiera realizado una proyección a la demandante para informarle de modo generoso si era mejor que se quedara en el RAIS o se pasara a COLPENSIONES, que no conoce si la AFP le brindo a la demandada una asesoría sobre las posibilidades de mantenerse en el RAIS o irse al RPMPD, de acuerdo a su posibilidad pensional en cualquier etapa después de la afiliación.

Posteriormente se absolvió interrogatorio de parte a la demandante, indicó que tiene 64 años, que actualmente labora en la Clínica Corpas en el área de bienestar, que su nivel de educación es universitario, informó que hace 22 años está vinculada con esa entidad, señaló se trasladó de régimen en el año de 1994 o 1995, que no lo recuerda bien, que cotizo en el ISS desde 1984, que laboro en esa época con Camitex, Suserrobollo y con Palmeras Del Llano, manifestó que se trasladó al RAIS cuando vino lo de la ley 100, que decían que ya el Seguro Social se iba acabar y en la empresa que trabajaba Palmeras Del Llano le dijeron, que lo mejor era afiliarse a un Fondo Privado, que por lo anterior ella tomo la determinación de acercase a PORVENIR S.A., y afiliarse, indicó que nadie le ofreció asesoría, que no le informaron las condiciones para pensionarse en el Instituto De Seguros Sociales, las posibilidades de volverse a cambiar de fondo, indicó que nunca se acercó al ISS, para corroborar la información que decía que con la ley 100 iba desaparecer, que cuando trabajaba en la Clínica Corpas se acercaron algunos asesores comerciales de PORVENIR S.A., para decirles que continuarán con esa AFP, que era la mejor que había en ese momento, que nunca le hicieron una proyección pensional, afirmo que tiene sus datos actualizados con la AFP PORVENIR S.A., que hace tiempo no recibe los extractos de su cuenta de ahorro individual, que no los entiende, que solo miraba que los aportes estuvieran consignados, informó que se afilio a pensiones voluntarias, que no recuerda haber depositado alguna suma de

dinero, que no le explicaron cuál era el propósito de las pensiones voluntarias, asevero que su afiliación en el año 1998 con PORVENIR S.A. se dio de manera libre y voluntaria, que no le explicaron que con PORVENIR S.A., se generaban unos rendimientos financieros, que no conoce el termino bono pensional, que para el año 2015, solicito su derecho pensional por vejez, motivada por haber cumplido los 57 años de edad, afirmo no estar pensionada, manifestó que su inconformidad con el fondo es porque solo le genera una pensión vitalicia por un salario mínimo y que con COLPENSIONES tendría un mayor valor digno para poder vivir de 2.000.000 de pesos.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a PORVENIR S.A., el 01 de abril de 1998, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de junio de 1998, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **YOLANDA MEDINA FERRO**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía

de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **YOLANDA MEDINA FERRO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

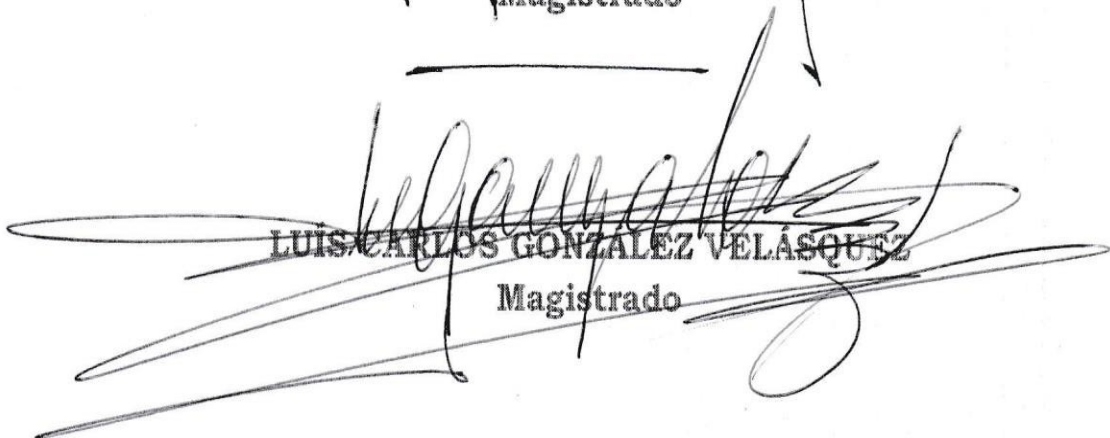
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105036201900952-00

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 25 de abril de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LORENZO FRANCISCO FUENTES CASTELLAR** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

LORENZO FRANCISCO FUENTES CASTELLAR, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**

PENSIONES-COLPENSIONES, y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que se declare que su traslado y afiliación al RAIS con la AFP PORVENIR S.A es ineficaz, que existió vicio en el consentimiento por falta de información cierta, clara y oportuna al momento de firmar el formulario vinculación al RAIS, el 24 de mayo de 2002, que se declare que el demandante, nunca dejo de estar vinculado al RPMPD, que como consecuencia de lo anterior, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentren en la Cuenta De Ahorro Individual del RAIS, con los rendimientos financieros a COLPENSIONES, y que se condene a COLPENSIONES, a recibir los aportes, rendimientos que se encuentran en el RAIS.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 17 de septiembre de 1963, que el 23 de marzo de 1983, a través de su empleador se vinculó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, indico que permaneciendo afiliado al RPMPD, administrado por el ISS, hasta el 28 de agosto de 1999, que el día 24 de mayo de 2002, el promotor comercial de la AFP PORVENIR, lo trasladó de régimen de pensiones a través del diligenciamiento y radicación del formulario No.0097129 con radicación 01711559. Adujo que el promotor de la AFP PORVENIR, no le suministro información clara, cierta, suficiente y oportuna, en cuanto a las características del RAIS y el RPMPD, que al momento de realizar la vinculación y el traslado de régimen de pensiones la AFP no le informó específicamente como se causa la pensión de vejez en cada uno de los regímenes de pensiones, que tampoco, le realizo una proyección de pensiones en la que se simulara la posible pensión en cada uno de los regímenes y en la que se estableciera la tasa de remplazo sobre el salario base de liquidación, que no le aclararon las probabilidades de pensionarse y la distribución de los aportes en cada uno de los regímenes, informo que al momento de firmar el formulario de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., lo hizo sin consentimiento informado; reveló que continúa afiliado al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A. que en la historia laboral expedida por la AFP., el 26 de noviembre 2019, se pude observar que tiene ahorrado en su cuenta de ahorro individual la suma de Cuatrocientos Ochenta Y Cinco Millones Quinientos Cincuenta Mil Doscientos Doce Pesos (\$485.550.212), que a la fecha del 26 de noviembre de 2019, acredita 1,549 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, informó que a la edad de 62 años, con un total de 1.849 semanas, tendría una mesada pensional de DOS Millones Quinientos Noventa Y Tres Mil Quinientos Pesos. (\$2.593.500), es decir, con una tasa de reemplazo del 54.40%; que 14. de acuerdo con los parámetros contenidos en la norma tendría una mesada pensional de Tres Millones Ochocientos Noventa Y Cinco Mil Doscientos Once Mil Pesos M/cte. (\$3.895.211), con una tasa de reemplazo del 77.46%, que 15 de octubre de 2019, solicitó a la AFP PORVENIR S.A, copia de la información que debió haber sido suministrada al momento de realizar el traslado de régimen para el año 2002, que mediante oficio, con radicado

No.0100222103033600 la AFP PORVENIR S.A, emitió respuesta, en la que manifestó que no contaban con soportes de la información solicitada, también informó que solicitó la vinculación con Rad. 2019_16013780 a COLPENSIONES, y anexó escrito, exponiendo las razones por las que solicita su traslado de régimen de pensiones, del que recibió respuesta por medio de oficio 2019_16013780-21434231, del día 28 de noviembre de 2019, entidad que negó la solicitud por encontrarse a menos de 10 años del requisito de tiempo para pensionarse.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de la ineficacia del régimen; responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la seguridad Social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del Principio Constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; buena fe de COLPENSIONES; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción e innominada o genérica. (archivo 07- 02 fls, 14 a18).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de: prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de abril de 2022, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el señor FRANCISCO FUENTES CASTELLAR del RPMPD, AL RAIS, que se hizo efectivo el 1 de julio de 2002, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., ordenó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, los valores descontados de la Cuenta de Ahorro Individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones. Incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas. Así mismo ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante; declaró no probada la excepción de prescripción; condenó en costas a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y que se liquidarán como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV a cargo de cada una de ellas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas AFP PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpone recurso de apelación y revocatoria en su totalidad del fallo emitido en primera instancia; solicitó a los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revocar las condenas que fueron aplicadas en el entendido de que no debió declararse la ineficacia de la afiliación y sea absuelta: argumento que no le asiste razón a la falladora a declarar la ineficacia del traslado por ausencia de la información, ya que su representada no tenía la obligación de brindar la misma al demandante, teniendo en cuenta la circular 19 de 1198, emitida por la Super Intendencia Financiera de Colombia, la que tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendiera no solamente como materializado si no como valido el traslado de régimen pensional, que el afiliado expresara su voluntad a través del formulario, que de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular y como ocurrió en el presente asunto, expreso que PORVENIR S.A., cumplió con las obligaciones a su cargo y que la permanencia del actor en el RAIS, ha sido una decisión libre, voluntaria e informada y que se ha ratificado en el tiempo, dijo que no es razonable deducir que la ineficacia del traslado se da por falta de consentimiento o por vicios en el mismo ya que PORVENIR S.A., brindo una asesoría oportuna en la que le informó ampliamente las implicaciones , condiciones y ventajas del traslado del demandante al RAIS, alega que para la fecha del traslado del actor PORVENIR S.A., no estaba obligada a proporcionar simulaciones y que tales obligaciones están vigentes partir del 26 de diciembre de 2014; expreso que no es factible ordenar las devolución de los gastos de administración, que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del del artículo 20 de la Ley 100, también en el RPMPD, se destina el 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, pensión de invalidez y pensión de sobreviviente, aseguró que los gastos de

administración, no forman parte de la pensión de vejez y que por lo mismo están sujetos a la prescripción, indicó que al ordenar el traslado de los gastos de administración a COLPENSIONES, se puede generar un enriquecimiento sin causa a favor de la misma entidad, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución, reiteró que son los saldos de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos los que se deben ser trasladados a COLPENSIONES, ya que los gastos de administración son del fondo, que los obtuvo como contraprestación a la actividad que adelanto para generar los rendimientos existentes. Finalmente solicito que se absuelva a PORVENIR S.A., de cada una de las condenas interpuestas.

Por su parte la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la Sentencia en Primera Instancia y se absuelva a las demandas de las pretensiones incoadas en su contra, argumento que el formulario de afiliación que suscribió el demandante con la AFP PORVENIR S.A., en el año 2002, es completamente valido y no hay lugar a declarar su ineficacia, pues el mismo fue firmado de forma libre, sin presiones y con el cumplimiento del deber de información exigido para el año 2002., advirtió además, que no se debe dejar de lado lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, al indicar que cada caso se debe estudiar de forma particular, visto esto, solicito al tribunal, estudiar el caso en debate de manera particular, y que teniendo en cuenta que el demandante no tenía una expectativa legítima de pensionarse con COLPENSIONES, indicó que en caso de que el peticionario no haya recibido una debida información y asesoría adecuada con respecto de las características de los regímenes, esto se vio sanado con el tiempo ya que él mismo estuvo en el RAIS durante varios años antes de estar inverso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797, comunicó que el demandante si conto con el tiempo para regresar al RPMPD, alegó que por lo contrario, él nunca se acercó a COLPENSIONES a preguntar sobre sus cotizaciones y futuro pensional, lo que le permitió concluir, que la voluntad del actor era estar en el RAIS, que declarar la ineficacia del traslado afecta el principio de la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES, y finalmente solicito se revoque la condena en costas, puesto que COLPENSIONES, es llamada a juicio por que es la administradora que debe recibir al demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado con la AFP.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES y PORVENIR peticionaron que se revoque la sentencia de primera instancia ya que no se aportan pruebas suficientes que acrediten la existencia de un vicio en el consentimiento del demandante, pues de su interrogatorio de parte se pudo determinar que el motivo por el cual se siente engañado en el RAIS es por no habersele indicado adecuadamente las características del régimen

pensional y el valor al cual ascendería su mesada pensional en uno u otro régimen, por lo que en caso de existir algún tipo de error este sería sobre un punto de derecho y no de hecho que de conformidad con el artículo 1509 del C.C no vicia el consentimiento. Además, en caso de que realmente exista dicho error, es deber de quien lo alega así probarlo, tal como lo determina el artículo 167 del C.G.P.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración; iv) si hay lugar declarar la excepción prescripción de acuerdo a los términos que se establecen en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y v) si procede la condena en costas en contra de COLPENSIONES.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 28 de noviembre de 2019 (fls. 47 a 51) y su respuesta el 28 de noviembre de la misma anualidad (fls. 52).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues

independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 17 de septiembre de 1963 (fl 33); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 23 de marzo de 1982 y el 28 de agosto de 1999., 647 semanas (fl. 21 a 25, archivo 06); iii) que el

24 de mayo de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR, con fecha de efectividad desde el 01 de julio de 2002, (fl. 56, archivo 06) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 902 semanas (fl.39- archivo 07); para un total de 1.549 semanas cotizadas.

También absolvió interrogatorio de parte al demandante, donde indico que nació el día 17 de septiembre de 1963, informó que el día que realizo traslado al RAIS, llegaron unos asesores a su lugar de trabajo los cuales estaban autorizados por la oficina de Talento Humano, estos se acercaron y le ofrecieron la conveniencia de trasladarse al RAIS, administrado por la AFP POVERNIR S.A., afirmó que le informaron que el ISS estaba en una crisis financiera y que una de las ventajas de pertenecer al RAIS era que podía retirar sus aportes cuando quisiera, indicó que con los anteriores argumentos firmo el formulario de la afiliación, el mismo tenía unos datos básicos y poca información; aseguro que la AFP PORVENIR S.A., no le explico que era una Cuenta de Ahorro Individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios y que igualmente no le manifestaron que sucedería con los dineros si llegara a fallecer, ni tampoco le informaron que era el derecho de retracto; informo que nadie lo asesoro con respecto a los dineros que había cotizado en el ISS, que no le explicaron cómo se aplicaba el monto de la pensión en cualquiera de los regímenes, ni las diferentes modalidades pensionales, explico que su único conocimiento sobre el tema de pensión, para la fecha del traslado, era que debía cumplir con unas semanas y la edad para llegar a pensionarse. finalmente aseguro no estar pensionado.

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

términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la PORVENIR S.A., el 21 de mayo de 1999, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de julio de 1999, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021).

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020).

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre

regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **LORENZO FRANCISCO FUENTES CASTELLAR**.

En relación con la orden impuesta a la AFP PORVENIR S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón les asiste en su reproche a las demandadas, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto).

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado de la actora al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo

que evidencia la Sala, que los argumentos en los que fincan su inconformidad la AFP PORVENIR S.A., no encuentran soporte ni legal, ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse respecto al valor de las agencias en derecho fijadas por el Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas *“solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, las apoderadas recurrentes deberán manifestar las inconformidades que tengan al respecto.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de abril de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LORENZO FRANCISCO FUENTES CASTELLAR** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

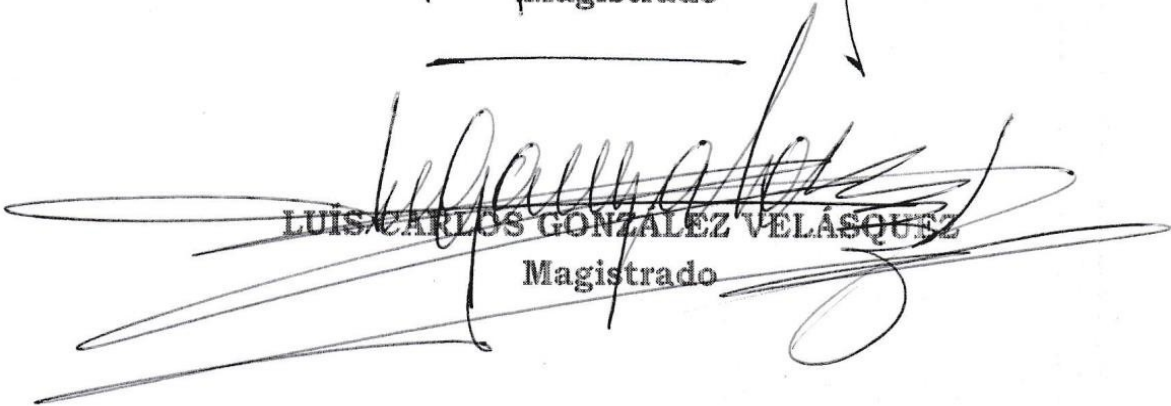
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105037201900669-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 05 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS FRANCISCO MESA SERRANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

LUIS FRANCISCO MESA SERRANO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, realizado por el, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 17 de febrero de 2005, por medio del cual se trasladó del RPMPD,

administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS, que se declare la libertad de afiliarse al RPMPD; que como consecuencia de lo anterior se declare la nulidad de la afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., que se condene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado cotizante, que se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a liberar de sus bases de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a COLPENSIONES; finalmente solicitó que se condene a las demandadas, al pago de las costas procesales que genere el presente proceso y a lo extra y ultra petita debatido y probado en el proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 21 de noviembre de 1959., indicó que empezó su vida laboral el 15 de agosto de 1985, en la empresa EDUCAR S.A., que en aquella calenda, el se afilió al RPMPD, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, hasta el 17 de Febrero de 2005 fecha en la cual se trasladó a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTIAS Y PENSIONES PORVENIR S.A., manifestó que en visita efectuada por un asesor de la AFP PORVENIR S.A., este le ofreció, el beneficio de pensionarse a más temprana edad, que le informó que el ISS iba a ser liquidado, que por ese motivo sus aportes se encontrarían en riesgo; explicó que el agente comercial de PORVENIR S.A., le ofreció unos beneficios para que accediera tales como que, el monto de la pensión sería más alto al que le ofrecía el ISS, que si al cumplir la edad no quería pensionarse, podría solicitar le devolvieran del capital que tuviese acumulado a dicha fecha, sin restricción alguna; advirtió que el asesor no le informó el monto del capital requerido en la AFP PORVENIR S.A., para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro programado, que no le hablo del plazo para retornar al RPMPD, cuando cumpliera los 52 años de edad, que nunca le elaboro una proyección de la pensión, ni le expuso la diferencia de la pensión que recibiría en el RPMPD y en el RAIS; relató que suscribió el formulario de afiliación No. 11008684 con la AFP PORVENIR S.A., el 17 de febrero de 2005, estando vinculado a la Fundación Universitaria De La Sabana., con PORVENIR S.A., advirtió que al momento de la vinculación, no le presentaron la información suficiente, clara y concisa que le permita tomar la mejor decisión respecto a su perspectiva pensional, que respecto de "hago constar que realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual..."; no puede tenerse como que se le brindó una información clara y suficiente respecto de las implicaciones que se darían por su traslado de régimen, máxime cuando no se presenta un consentimiento informado como sucede en el presente caso; alegó que PORVENIR S.A., no le envió comunicación cuando estaba a unos días de vencerse el plazo, para tomar la mejor decisión de conque régimen pensionarse y el que le fuera más conveniente. Informó que en documento con radicado No. 0100222101518500, del 30 de agosto de 2019, la AFP PORVENIR S.A., le acreditó capital acumulado por un total de (\$164.784.283) pesos, que con base en el ya mencionado documento, la AFP PORVENIR S.A., realizo la proyección de pensión donde le estableció que tendría una mesada de \$828.116 pesos, a los 62 años, con 1392 semanas cotizadas al sistema, manifestó que su pensión cotizando al RPMPD, administrado por la COLPENSIONES, sería del 65 %, en renta vitalicia con una tasa de remplazo

del 90% del ingreso base de cotización, tomando como punto de referencia los últimos 10 años cotizados, expresó que sin lugar a dudas trae como resultado desde el punto de vista cuantitativo una diferencia enorme, como quiera que en el fondo privado se toma como referencia sólo el 35 % del ingreso base de cotización; finalmente advirtió que envió reclamación administrativa solicitando el traslado de régimen con radicado No.2019_11240707 del 21 de agosto de 2019, ante COLPENSIONES, entidad está que RECHAZO la solicitud mediante el oficio BZ2019_11346616-2455149 del 21 de agosto de 2019., que posteriormente el día 15 de agosto del 2019, presentó Reclamación Administrativa, de la nulidad de la afiliación del traslado al RAIS, en la AFP PORVENIR S.A., manifestó que esta entidad, negó la solicitud en documento con radicado No. 0100222101518500 del 30 de Agosto de 2019.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; prescripción; prescripción de legalidad de los actos administrativos; cobro de lo no debido; buena fe e innominada o genérica. (Archivo 8, fls. 7 a 8).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 11, fls. 23 a 24).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 05 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado que efectuó el demandante, RPMPD al RAIS, administrado por PORVENIR S.A, que tuvo como fecha de suscripción el 17 de febrero de 2005, por las razones expuestas en la parte motiva, y en consecuencia, establecer que la afiliación válida de la demandante corresponde al RPMPD, administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. Condenó a PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, e igualmente costos cobrados por administración, de conformidad con la parte motiva de

la decisión; finalmente declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó PORVENIR S.A. en costas a favor de la demandante, y fijó como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas, solicitó que se declaren probadas las excepciones de fondo, propuestas en la contestación de la demanda, manifestó que en cuanto a la ineficacia, por falta de información, el asesor brindó la información de forma verbal, que para la época de los hechos no era necesario dejar documentada la asesoría, que el único documento exigido era el formulario de afiliación; explicó que no se le puede imponer a las administradoras de pensiones, carga distinta, ya que existió un cumplimiento de las obligaciones, consagradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, los que establecían un deber de información distinto al artículo 3 del Decreto 2071 del año 2015, donde se obligaba a suministrar la información de manera escrita; expuso que en el presente caso se evidencia que la solicitud del actor, para retornar al RPMD, surgió por encontrarse cerca al cumplimiento de los requisitos para obtener el derecho de la pensión de vejez, lo que permite concluir que desea retornar por no cumplir con las expectativas pensionales, a pesar que la pensión se calcula distinta en cada uno de los Regímenes; indicó que el RPMPD se calcula de acuerdo a los aportes de los últimos 10 años de cotización o el monto de la totalidad de la historia laboral, mientras que el RAIS obedece al monto ahorrado por el actor en la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, sumado también a la predicción de la expectativa de vida y conformación familiar del afiliado; expuso que son condiciones que el actor aceptó con el traslado a PORVENIR S.A., en el año 2015; reveló que en el mismo sentido frente a la excepción de prescripción, el objeto de discusión y de reclamo del actor sobre el acto de afiliación realizado en el año 2005; que no está en discusión la consolidación o causación de ese derecho prestacional sino la afiliación que claramente sí es susceptible de la prescripción de conformidad con lo establecido en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que no cabe duda alguna que la exigibilidad de los derechos que se ocasionen por parte de ellos y que surge a partir de que supuestamente se presentó el vicio u omisión, encontrándose así, prescrito lo solicitado por el actor; manifestó que de acuerdo con la declaratoria de ineficacia, no solamente se está ordenando a devolver los aportes, sino también la suma por concepto de rendimientos, esto es entender que el vínculo no existió, es decir que el actor nunca estuvo afiliado al RAIS, que esto significaría que los aportes del actor nunca fueron

administrados por PORVENIR S.A.; exteriorizó que tampoco es procedente la devolución de los gastos de administración porque PORVENIR.S.A, no incurrió en ninguna falta y no puede verse afectado en su patrimonio, advirtió que estas sumas ya fueron utilizadas para la buena gestión de los recursos del actor, gestión que fue realizada desde el año 2005 hasta la fecha por PORVENIR.S.A., y no por COLPENSIONES, que tal acontecimiento generaría un detrimento a PORVENIR S.A., y un enriquecimiento sin justa causa a cargo de COLPENSIONES.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que con respecto al deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, es preciso que las demandadas no desconocen su existencia desde el año 1993, con la expedición de la Ley 100, y el Decreto 663 de año 1993, resalto que dicho deber se intensificó con la expedición de la Ley 1328 de 2009, en donde el deber de información se convierte en un deber de asesoría y buen consejo, por lo que no es dable requerir las mismas formalidades de la asesoría previa del traslado hasta el momento de la creación del RAIS, y darle el mismo alcance que el legislador y la jurisprudencia le han dado con el transcurso del tiempo; indicó que no es razonable ni jurídicamente válido, imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente, al momento del traslado de Régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, que el principio de legalidad y el debido proceso, no consiste, solamente en las posibilidades de defensa o la oportunidad para interponer recursos, advirtió que lo expresado en el artículo 29 de la Constitución Política, en cuanto al ajuste a las normas preexistentes en el acto que se juzga; manifestó que es necesario tener en cuenta que el actor en el presente proceso judicial aspira beneficiarse de su falta de diligencia, puesto que era su deber verificar la información que le suministro el asesor de PORVENIR S.A., en el año 2005, máximo cuando el demandante es una persona profesional, que posee la capacidad suficiente para contratarse, que aunado ello el desconocimiento de la Ley no es excusa y si tenía alguna inconformidad, tuvo el tiempo suficiente para manifestarlo y nunca lo hizo, sino después de más de 15 años de encontrarse afiliado al RAIS, cuando ya se encontraba inmerso en la prohibición legal de traslado, establecido en el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, tampoco se puede desconocer que, el afiliado también tiene obligaciones para con la administradora de pensiones que elija, tal y como lo ha determinado el Decreto 2241 de 2010, en su artículo 4, que enuncia los deberes de los consumidores financieros dentro del Sistema General de Pensiones, como informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema, del nuevo sistema de administración de multifondos y de las diferentes modalidades de pensión, aprovechar los mecanismos de comunicación y capacitación para conocer los funcionamiento del Sistema General de Pensiones, los derechos y deberes que le corresponden; así mismo emplear la adecuada información al

momento de tomar decisiones, como la afiliación, traslado de administradora o Régimen, selección de modalidad de pensión y entidad aseguradora que le otorgue la renta vitalicia con la elección del fondo que sea el caso; expresó que la inconformidad del actor en la permanencia en el RAIS, solo gira en torno al valor de lo que sería su mesada pensional, situación que se encuentra claramente definida en la Ley 100 de 1993, y sus Decretos reglamentarios; la mesada pensional no obedece al capricho o arbitrariedad de las AFP, situación que no puede dar lugar a la ineficacia o nulidad de un traslado de Régimen Pensional; dijo que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, contemplado en el artículo 488 de la Constitución de 1991, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo de 01 de 2005, que impacta la reserva del Sistema Pensional; advirtió que es evidente que eventual traslado de Régimen Pensional del actor afecta el Sistema Financiero del RPMPD, teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos Regímenes; dijo la falta de contribución del actor al fondo común que financia las pensiones en el RPMPD, las cargas que generaría en los demás afiliados; alegó que soportar un eventual reconocimiento pensional a favor del actor, que no ha contribuido a un derecho pensional en el RPMPD, derivando un menoscabo patrimonial ostensible a la entidad; finalmente solicitó que en caso de que se confirme la sentencia, se confirme la absolución de costas y que se confirme la devolución aportes con los respectivos rendimientos y gastos de administración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los representantes de COLPENSIONES y PORVENIR argumentaron que la devolución del actor a RPM violó el principio de viabilidad económica porque ya estaba sujeta a una no devolución legal, por lo que la decisión de primera instancia fue desestimada y apelada. Se tomó una década para acceder a los beneficios del fondo privado y poder alegar desconocimiento de la ley para recibirlos. Dado que el demandante aceptó recibir una asesoría de la AFP y esto genera que, si le dio su consentimiento informado desde su traslado inicial, que la asesoría brindada en su momento cumplía con los requisitos exigidos, utilizando un lenguaje claro y sencillo indicando características, ventajas y desventajas; Sin evidencia del vicio de consentimiento sobre sus derechos de pensión, la única razón de su insatisfacción es el monto del bono de pensión. Si la decisión de primera instancia no es revocada, solicitar a la AFP que ordene el reembolso de los gastos administrativos y tasas cobradas en perjuicio de sus propios intereses.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 21 de agosto de 2019 y su respuesta el 22 de agosto de 2019. (fls 35 – 39 archivo 01).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

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

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la

*asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso***". (Negrilla fuera de texto)

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración,

toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 21 de noviembre de 1959 (fl. 32 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 15 de agosto de 1985 y el 31 de marzo de 2005, 576,43 semanas (Archivo 18 expediente administrativo); iii) que el 17 de febrero de 2005, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de abril de 2005, (fl. 48 Archivo 11) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP.

Se absolvió interrogatorio al apoderado judicial de PORVENIR S.A., quien indicó que para el año 2005, el actor se trasladó del RPMD al RAIS, que para ese traslado tuvo que haber diligenciado el formulario de afiliación suscrito por el actor, manifestó que no estuvo en el momento de la afiliación, pero que a los asesores se les capacita para que brinden la información; explicó que no existe documento físico alguno diferente al formulario aportado en la demanda, que para la época la asesoría era verbal.

También absolvió interrogatorio de parte el demandante; indicó que es Administrador de Empresas; manifestó que para el año 2005 lo visitó en la oficina un asesor de PORVENIR S.A., que le pidió 15 minutos para explicarle sobre el fondo de pensiones, que lo primero que le informó, fue que el ISS se iba desaparecer y podía perder lo que tenía ahorrado, le mostró que con PORVENIR S.A., la mesada pensional iba ser más alta que en el ISS, que se podía pensionar antes de la edad, solicitar los aportes en cualquier momento y que la pensión sería heredable en caso de fallecimiento; indicó que hace 3 años se acercó a las oficinas de PORVENIR S.A., solicitó una proyección de la mesada pensional, expreso no estar de acuerdo con el valor que le dieron porque era un salario mínimo, que esta situación lo motivo a dirigirse a COLPENSIONES para solicitar el retorno, expreso que se sintió engañado con lo que le prometieron en PORVENIR S.A., que el asesor nunca le informó las características entre un Régimen y otro, que no tenía conocimiento que los aportes del ISS serían depositados en una cuenta individual y generarían rendimientos, advirtió que hace aproximadamente 5 años recibe los extractos de la cuenta, pero no los entiende solo observa que la empresa le haya consignado los aportes; finalmente expreso que no sabía que podía hacer aportes voluntarios, que nunca presento queja ante PORVENIR S.A., porque confió en la información que le brindó el asesor.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a PORVENIR S.A., el 17 de febrero de 2005, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de abril de 2005, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **LUIS FRANCISCO MESA SERRANO**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 05 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUIS FRANCISCO MESA SERRANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

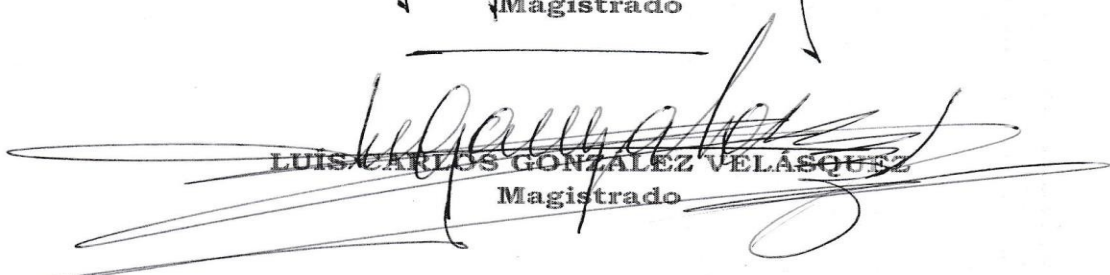
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVILAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105037202000584-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 02 de diciembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA LUCELY BEDOYA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

ANTECEDENTES

MARIA LUCELY BEDOYA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que se declare que la A.F.P PROTECCIÓN, incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa a la demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional, que se declare ineficaz la afiliación al RAIS, efectuada por ella a la A.F.P PROTECCIÓN, por entenderse que la inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones conlleva a negar el efecto jurídico del traslado. que se declare que nunca se trasladó al sistema privado de pensiones, por lo se encuentra válidamente afiliada al RPMPD, administrado en la actualidad por COLPENSIONES, que en consecuencia se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN a registrar en su sistema de

información que la afiliación en pensión es ineficaz y a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento, del mismo modo solicitó que condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, a activar la afiliación de su pensión y a recibir la totalidad de los aportes a pensión incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, posteriormente solicitó condenar a las demandadas sobre los demás hechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita, finamente requirió condenar a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 02 de septiembre de 1966, que inicio sus aportes en pensión a través del RPMPD, indicó que suscribió formulario de afiliación a la A.F.P PROTECCIÓN, el 21 de agosto de 1997, que los aportes a pensión son administrados por la A.F.P PROTECCIÓN, que esta entidad no le explico de forma clara y comparada cuáles eran las diferencias entre el RPM y el RAIS, que nunca le informo cuáles eran las ventajas y desventajas del RAIS frente a las ventajas y desventajas del RPMPD, manifestó que la AFP, no desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de Régimen, así como también de las características de ambos regímenes pensionales, afirmó que a AFP PROTECCION no le informó en qué condiciones podría acceder a una pensión superior a un salario mínimo mensual legal vigente en el RPMPD y en el RAIS, que no le comunicó cuáles eran los factores que podrían determinar su mesada pensional, tales como los saldos existentes en su cuenta de ahorro individual, ganancias o pérdidas ocasionadas por el manejo financiero efectuado por el Fondo de Pensiones, la edad de sus beneficiarios, entre otros., afirmó que la AFP., no indago sobre su situación pensional, no le explico los beneficios o desventajas que podría representar para ella su permanencia en el RAIS, que no le informo sobre los factores influyen en la determinación de la mesada pensional en el RAIS y en el RPMPD, que nunca hizo un estudio pormenorizado de las características propias de su caso, que le permitiera concluir que si su permanencia en el RAIS resultaba más conveniente o lo mejor era hacer su retorno al RPMPD. que tampoco fue informada de la posibilidad que tenía de regresar al RPMPD, antes del cumplimiento de los 46 años, a pesar de existir una obligación expresa según se indica en la circular externa 01 de 2004 de la Super Intendencia Bancaria, numeral 4, manifestó que en el año 2010 contaba 44 años, y a pesar de estar en vigencia el Decreto 2241 de 2010, que la A.F.P PROTECCIÓN, no dio cumplimiento al principio de debida diligencia que debe acompañar toda la relación contractual frente a sus afiliados en el sentido de brindar un buen consejo a la demandante de manera que le permitiera tomar decisiones informadas sobre su elección de régimen pensional antes de encontrarse dentro de la prohibición legal para efectuar el traslado, que la entidad se abstuvo de adelantar alguna gestión tendiente a brindarle una re-asesoría pensional, a fin de revisar si según sus condiciones le resultaría conveniente permanecer en el RAIS o retornar al RPMPD, antes de que le faltarán menos de diez años para cumplir la edad mínima de pensionarse a pesar de contar con todos los datos para contactarla.

Indicó que, en el año 2014, recibió una carta por parte de la A.F.P PROTECCIÓN, en la que le indicaban que no podría retornar a COLPENSIONES, cuando tuviese 47 años o más de edad, aseguró que para la época tenía 47 años cumplidos y estaba a menos de dos meses de cumplir 48 años, enseñó que su ingreso base de liquidación es de \$2.766.130, de acuerdo con la liquidación efectuada por la firma YABAR LIQUIDACIONES, que la pensión que le habría correspondido en COLPENSIONES equivaldría, aproximadamente a \$1.857.514. 20, que posteriormente solicitó ante la A.F.P PROTECCIÓN, que se procediera a anular la afiliación a dicha administradora, copia del formulario de afiliación y una proyección pensional comparativa entre el RAIS y el RPMPD, mediante petición radicada el 12 de marzo de 2020, así mismo solicitó el 12 de marzo de 2020, ante COLPENSIONES, con el número de radicado 2020-3466333, que se procediera a la activación de su afiliación en COLPENSIONES por cuanto existió vicio en el consentimiento en la afiliación al RAIS, expuso que por su parte la AFP PROTECCIÓN, respondió que no era procedente acceder a su petición, por considerar que la afiliación es válida, igualmente se remitió copia del formulario de afiliación e indicó que tendría derecho a una mesada pensional en el RPMPD a los 57 años de \$1.542.102, mientras que en el RAIS tendrá derecho a una mesada pensional a los 57 años de \$877.803., en la modalidad de PGM; así mismo COLPENSIONES concluyó que no era posible acceder a su solicitud, indicó que en consecuencia su apoderada elevó consulta ante la Superintendencia Financiera De Colombia, a fin de que se pronunciara sobre el deber de información que está en cabeza de los fondos de pensiones el 9 de mayo de 2017, quien emitió respuesta a los interrogantes plantados el 12 de junio de 2017 misma que se allega a este proceso como prueba documental, informó que COLPENSIONES, como respuesta a requerimiento de la PROCURADURIA GENERAL, señaló que desde octubre de 2012 se viene adelantando por parte de esta entidad actividades tendientes a informar adecuadamente a sus afiliados sobre los traslados de regímenes.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones del error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; prescripción; presunción de legalidad de los actos administrativos; cobro de lo no debido; buena fe; innominada o genérica; (fls. 137 a 138).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General De Pensiones; Innominada o Genérica; 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. (fls. 195 a 190).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de diciembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaró la ineficacia del traslado que efectuó la demandante señora MARÍA LUCELY BEDOYA del RPMPD al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 21 de agosto de 1997, en consecuencia declaro valida su afiliación en el régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión, Condenó a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a transferir con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el reconocimiento de los rendimientos financieros así como los costos cobrados por administración, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas. Condenó a la demandada PROTECCIÓN S.A., en costas, para tal efecto fijo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMMLV que será estimado y liquidado en su momento procesal por parte de secretaria. No se impuso condena en costas a cargo de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque de manera parcial la sentencia de primera instancia en la codena formulada a PROTENCCION S.A. en cuanto la devolución de los gastos de administración, sustentó que la comisión de administración y las primas del seguro previsional son descuentos previamente autorizados por la ley, establecidos en la ley 100 de 1993 artículo 20, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, que faculta a las AFP, para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones, que el antes mencionado descuento del 3% se utiliza para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima del seguro previsional que opera en ambos regímenes, puntualizo que obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, donde se demuestra que sus aportes obtuvieron una ganancia, alegó que lo anterior da cuenta que los dineros estuvieron debidamente administrados por PROTECCION S.A., advirtió que

la condena de primera instancia donde ordena devolver los gastos de administración permite que se constituya un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, que adicionalmente se les estarían trasladando los recursos de la cuenta de ahorro individual fruto de la buena administración, que por lo anterior la entidad tiene derecho a conservar esta comisión como restitución de su trabajo, que no hay razón alguna para tener que trasladarla a COLPENSIONES, expuso que el Decreto 2555 del 2010, señaló que el manejo de los recursos es administrado por las AFP y vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia, que es preciso poner de presente que esta entidad en concepto del 17 enero de 2020 indicó, que cuando se declara judicialmente la nulidad o ineficacia de la afiliación, debe darse aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 del 2008, que establece que cuando se da un traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente del fondo garantía de pensión mínima, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada por la administradora que genera los rendimientos que se trasladan, finalmente advirtió que en el cobro del 3% destinado para la comisión de administración y financiar la primas del seguro previsional opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando tal como lo impone la ley y que no financian directamente la prestación económica por venir, que son conceptos que si prescriben de conformidad con lo establecido en el art. 488 del CST, en armonía con el artículo 151 del CPL, que establecen, que en transcurso del tiempo en un lapso de 3 años, hace que opere el fenómeno jurídico de la descripción sobre lo demandado.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a COLPENSIONES, manifestó que el deber de la información que recae en cabeza de las Administradoras de Pensiones, no desconocen su existencia, que se encuentra sustentado con la ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de la misma anualidad, sin embargo resalto que dicho deber se intensifica con la expedición de la 3018 de 2009, en donde el deber de la información se convierte en un deber de asesoría y buen consejo, expresó que no se deben requerir las mismas formalidades en la asesoría previa al traslado, es decir en el año 1997, época para la cual la demandante suscribió el formulario de afiliación a RAIS, y darle el mismo alcance que el legislador y la jurisprudencia le han dado con el transcurso del tiempo, afirmó que no se puede desconocer el vínculo contractual generado con la selección de uno otro régimen pensional y que este genera obligaciones reciprocas, como lo establece el artículo 1495 en los términos de definición de contrato convención, que no se puede desdeñar que el afiliado en calidad de consumidor financiero tiene obligaciones para con la administradora que eligió tal y como lo determino el artículo 4 que enuncia los deberes de los consumidores financieros del Sistema General de Pensiones, dentro de los que resaltó las condiciones, diferentes modalidades de pensión,

aprovechamiento de los mecanismo de información y de capacitación para conocer el funcionamiento del Sistema General de Pensiones y las diferentes obligaciones que le corresponden, emplear adecuadamente la atención y cuidado al momento de tomar decisiones como son entre otras la afiliación y el traslado de régimen, la selección de modalidad pensional y entidad que le otorgue la renta vitalicia, aseveró que por lo anterior el deber de información se integra por un lado en el deber de la asesoría que deben subministrar las Administradoras de Pensiones a los afiliados, pero que también está la deben adquirir de manera autónoma los consumidores financieros, para que les permita tomar decisiones acorde a las expectativas pensionales de cada afiliado, máxime cuando estas condiciones, funcionamiento, requerimientos y características de los regímenes se encuentran contenidos en la ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional se informo y se dio pleno conocimiento a todos los ciudadanos con su promulgación en los términos del artículos 11 del Código Civil, fundamentó que en consecuencia no es dable alegar ignorancia como excusa para atribuir específicamente la responsabilidad de brindar información solo a las Administradoras de Pensiones, señaló que la demandante aspira a beneficiarse de su falta de diligencia, como quedó demostrado en el interrogatorio de parte, que la demandante manifestó que tuvo un actuar indiferente en lo que le refiere a su futuro pensional, que solo busco información cuando se encontraba aportas de adquirir el derecho pensional, que la misma se topa incompatible para la posición legal del traslado establecido en la ley 100 de 1993, afirmó que la motivación de la demandante de retornar al RPMPD gira entorno a lo que sería su mesada pensional en el RAIS, advirtió que tal situación no da lugar a generar una nulidad en el acto de vinculación al RAIS, solicitó que se tuviera en cuenta el equilibrio y sostenibilidad financiera que impacta en la reserva del Sistema Pensional y finalmente requirió, que en caso de que se confirme la sentencia, se ratifique la absolución de costas como bien lo sustento la primera instancia, que COLPENSIONES no tuvo injerencia o participación en la vinculación realizada por la demandante, así mismo que se confirme la devolución de aportes con sus rendimientos y gastos de administración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal presentados dentro del término por COLPENSIONES, solicita que se revoque la sentencia en primera instancia, para que en su lugar sean absueltas de todas y cada una de las pretensiones, en cuanto a Ley 100 de 1993 ha sido clara a lo largo de los articulados plasmados, la existencia de prohibición de traslado bajo un término específico, esto es de 10 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, lo que según el marco normativo, además de ello en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 12 de marzo de 2020 y su respuesta el 13 de marzo de la misma anualidad. (fls 96 – 104 - 106).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

consentimiento para adoptarla.

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

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

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

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

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 2 de septiembre de 1966 (fl. 5); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 7 de noviembre de 1989 y el 30 de agosto de 1997, 126,00 semanas (fl. 71 a 76); iii) que el 1 de agosto de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A, con fecha de efectividad desde el 01 de octubre de 1997, (fl. 219) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1357.28 semanas (fl. 221 y ss).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que para el año 1997, inicio laborando en la empresa Construye BGR, indicó que un día la llamaron y le informaron que se debía acercar a firmar unos documentos para legalizar su contrato, a lo cual acudió inmediatamente, le entregaron una planilla ya diligenciada, revelo que reviso que sus datos fueran correctos y lo firmo, manifestó que no estuvo consciente que lo que estaba haciendo era trasladarse el RPMPD al RAIS, que no fue visitada por asesores de PRTECION S.A., que los formularios de afiliación se los subministro la oficina donde laboraba, que en esa oficina se encontraba un asesor de PROTECCION S.A., pero no se comunicó con él, que le solicitaron los datos de su núcleo familiar solamente, manifestó que nunca le informaron sobre temas como: Que sus aportes iban a una cuenta de ahorro individual, condiciones para pensionarse en el RAIS o en el RPMPD, que pasaría con las semanas cotizadas en el RPMPD, aportes voluntarios, informó que durante un tiempo recibió extractos, que los mismos dejaron de llegar y que hace un tiempo recibe notificaciones por correo electrónico donde se anuncia que el empleador cumplió con el pago, afirmo que nunca visito una oficina del ISS, que no tiene conocimientos sobre los rendimientos, requisitos para pensionarse, que nunca ha recibido re- asesorada por parte de POTECCION S.A., expreso que su motivación para trasladarse de régimen es en busca de una mejor opción de pensión, que según información que le llego de PROTECCION S.A. en el año 2021, le notificaron que la pensión que le correspondería seria de un salario mínimo, que con COLPENSIONES, su pensión llegaría al \$1.500.000 pesos mas o menos.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando PROTECCION S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a PROTECCION S.A., el 1 de agosto de 1997, la cual tuvo fecha de efectividad el 1 de octubre de 1997, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **MARIA LUCELY BEDOYA**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PROTECCION S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA LUCELY BEDOYA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

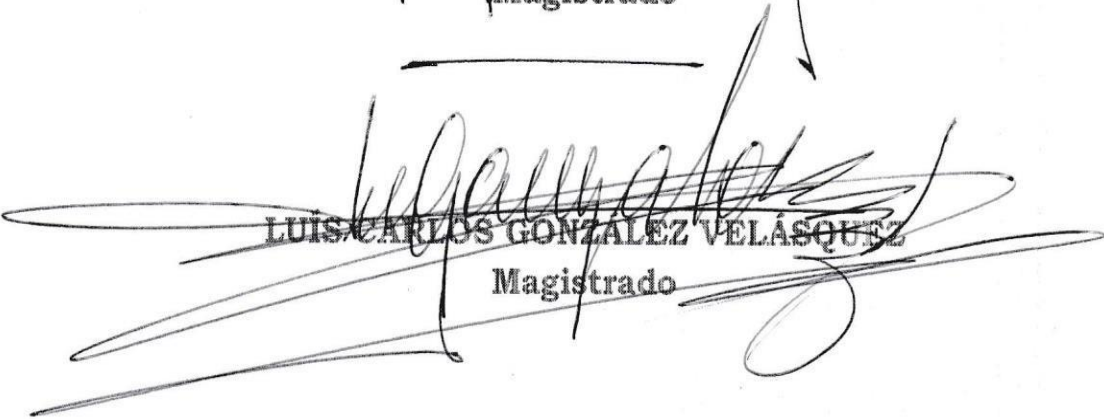
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105023202100589-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Retroactivo pensional e intereses moratorios

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a la sentencia proferida el 03 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARTHA CONSUELO CASALLAS ACERO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

Martha Consuelo Casallas Acero promueve demanda en contra de la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones, con el fin de que se le condene al reconocimiento y pago de las mesadas causadas y no pagadas entre el 1 de enero de 2020 y el 31 de enero de 2021; al reconocimiento y pago de los intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló en síntesis, que nació el 5 de noviembre de 1962, cumpliendo los 57 años de edad el mismo día y mes del año 2019; que cotizó al sistema general de pensiones desde el 1 de septiembre de 1979, contando con 1.981 semanas al 31 de diciembre de 2019.

Que para el 29 de mayo de 2020, solicitó la pensión de vejez ante Colpensiones, prestación que fue negada mediante Resolución SUB 183239 del 27 de agosto de dicha anualidad, frente a la cual se interpusieron los recursos de ley.

Que mediante Resolución DPE 507 del 2 de febrero de 2021, se revoca el acto administrativo impugnado y reconoce la prestación a partir del 1 de febrero de 2021, en cuantía inicial de \$8.511.307.

Asimismo, que al solicitar el reconocimiento y pago de las mesadas adeudadas entre el 1 de enero de 2020 al 31 de enero de 2021 junto con los intereses moratorios, la demandada emitió resolución, dando respuesta desfavorable a las pretensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada Colpensiones, dio contestación en escrito visible en el ítem 6 del expediente, en donde se opuso a todas las pretensiones. Frente a los hechos, en su mayoría manifestó ser ciertos, salvo los relacionados con el retiro del sistema general de pensiones, y la omisión de realizar aportes posteriores al cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación; la solicitud de incorporar novedad de retiro y su contestación. Propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 03 de agosto de 2022, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de mesadas pensionales retroactivas por valor de \$117.376.881 causadas desde 1 de enero de 2020 hasta el 31 de enero de 2021; autorizó a que Colpensiones realizara los descuentos de las cotizaciones de seguridad social en salud, condenó a la demandada a reconocer y pagar los intereses moratorios a la tasa máxima vigente a partir del 29 de septiembre de 2020 y hasta el 03 de agosto de 2022, condenando en costas a la demandada y concediendo el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que la condena de los intereses moratorios se efectúe hasta el momento en que se haga el pago, y no hasta el momento en que se celebró dicha diligencia, pues si bien Colpensiones presentó una acuerdo conciliatorio, lo cierto es que dicha situación no interviene en la omisión frente al reconocimiento de las mesadas pensionales, considerando procedente que el pago de dicho concepto se efectúe hasta tanto no se verifique el pago de las mesadas adeudadas, afirmando encontrarse de acuerdo con lo adicionalmente resuelto en la sentencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, la parte actora remitió alegatos de conclusión solicitando modificar la sentencia únicamente en lo referente a la fecha en que se deben reconocer los intereses moratorios, reiterando lo expuesto en la demanda.

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

CONSIDERACIONES

Conforme a lo indicado en el recurso de apelación, el mismo se centra en si hay lugar al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 hasta el momento en que se verifique el pago del retroactivo condenado, y se surte el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

DEL STATUS DE PENSIONADA DE LA DEMANDANTE

Tal como lo advirtió la primera instancia, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a través de la Resolución DPE 507 del 2 de febrero de 2021, dispuso reconocer y ordenar el favor de una pensión vitalicia a favor de la señora Martha Consuelo Casallas Acero a partir del 1 de febrero de 2021, en cuantía inicial de \$8.511.307, conforme lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL

Si bien no reprocha el apoderado de la demandada Colpensiones la condena frente al retroactivo pensional, en cuanto se dispuso estudiar la sentencia en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, procede la sala a verificar si le asiste razón al juzgado de primera instancia, en cuanto condenó a la llamada a juicio al reconocimiento y pago de dicho concepto desde el 1 de enero de 2020 y el 31 de enero de 2021.

Ahora, en cuanto a la fecha a partir de la cual debió reconocerse la prerrogativa pensional, basta una simple revisión del resumen de semanas cotizadas por la activa que obra en las documentales allegadas por Colpensiones, visibles en el ítem 6 del plenario, para evidenciar que le asiste razón a la actora en cuanto al derecho que le asistía, ya que su última cotización lo fue hasta el **31 de diciembre de 2019**, sin embargo, y conforme lo expuesto por Colpensiones, para dicha data no registraba el señor Herrera, novedad de retiro.

Y es que, pese a los argumentos esgrimidos por el togado, aunque la novedad no estuviera expresamente registrada en los archivos de Colpensiones, de ninguna manera era óbice para que dicha entidad a motu propio resolviera reconocerla en cualquier fecha posterior, ello por la potísima razón que de dicha novedad del retiro o desafiliación daba cuenta la serie de situaciones que tenía la obligación de analizar en todo su contexto al momento de decidir sobre el otorgamiento de la pensión, como lo era el cumplimiento de los requisitos del actor para acceder a la pensión de vejez o la solicitud de la respectiva prestación económica que hizo el asegurado, lo que de suyo comportaba para la entidad administradora abstenerse de considerar que el demandante quería continuar cotizando.

Al respecto conveniente resulta rememorar la sentencia CSJ - SL 84972014, del 2 de julio de 2014 (rad.49226), que expresó:

***“De acuerdo a lo anterior, si bien es cierto que no obra en el proceso la respectiva novedad de retiro o de desafiliación del sistema que presentó la entidad empleadora del demandante, de los medios de prueba que ya se han destacado con precedencia, si es posible inferir que ese hecho efectivamente se produjo en el mes de febrero del año 2007, pues las circunstancias que se han destacado, como es el cumplimiento de los requisitos del actor para acceder a la pensión de vejez, la solicitud de la respectiva prestación económica que hizo el asegurado, la correspondencia que le remitió la empresa que fungió como empleadora del trabajador, la dejación del empleo del demandante y el no haber seguido realizando aportes al sistema pensional con posterioridad a dicha calenda, son signos inequívocos de aquel requisito que echó de menos el sentenciador de alzada para negar el reconocimiento del retroactivo pensional solicitado.*”**

Al efecto es pertinente rememorar lo expuesto por la Sala sobre el tema en controversia, cuando en la sentencia CSJ - SL, 1º feb. 2011 rad. 38776, al reiterar otras en el mismo sentido, dijo: No desconoce la Corte que, de manera excepcional, tal como lo explicó en la sentencia del 20 de octubre de 2009 (radicado 35605), cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, ella puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional.” (Negrilla fuera de texto)

Por lo expresado es dable concluir que si le asistía el derecho pensional a la demandante a partir del 1º de enero de 2020 y el 31 de enero de 2021, comoquiera que se debe tener en cuenta hasta la última cotización efectuada, siendo del caso confirmar la fecha que para tal efecto acogió la juez primigenia.

Precisado lo anterior, y una vez efectuadas las respectivas operaciones aritméticas, se concluyó que el monto establecido se encuentra conforme a derecho, debiendo confirmarse tal disposición.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

En tal sentido ha de recordarse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé una sanción en contra de la administradora de pensiones, que incurra en mora frente al pago de las mesadas pensionales, sea esto por el reconocimiento tardío de la prestación cuando preexiste el derecho, o porque sencillamente se sustrae de la obligación de pago.

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que el fondo de pensiones justifique su conducta con la aplicación de una norma sin tener en cuenta la interpretación que sobre el mismo aspectos que ha realizado la Corte Suprema

de Justicia, según lo ha explicado la CSJ, Sala Laboral, en sentencia SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012.¹

En el presente asunto, frente al tema de los intereses moratorios, no encuentra esta Sala motivos para separarse de la pacífica jurisprudencia que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia sobre la procedencia de los intereses de que trata la norma aludida cuando se trata de mora en el reconocimiento y pago de la prestación, en la medida que la demandante estuvo privada de su derecho a la pensión, durante el tiempo que injustificadamente la demandada demoró el reconocimiento con el argumento de que al no reposar la novedad de retiro no le era posible acceder a su solicitud, desconociendo con tal proceder, las pautas para interpretar cuando se requiere o no de dicho registro de la novedad. Aspecto que así visto lejos de mostrarse confuso y justificativo de su omisión comportaría su imposición desde el **29 de septiembre de 2020**, habida cuenta que la solicitud de reconocimiento por parte del actor no se efectuó sino hasta el 29 de mayo de 2020, fecha para la cual ya tenía causado el derecho.

Lo anterior, teniendo en cuenta los 4 meses a partir de la solicitud elevada, pues como se estableció en la presente providencia, el derecho debió ser reconocido a partir del 1° de enero de 2020, sin que frente al presente concepto opere el fenómeno prescriptivo, al haber sido la demanda radicada el 18 de noviembre de 2021.

Bajo tal entendido, lo procedente es disponer el pago de las mesadas causadas entre el 1° de enero de 2020 y el 31 de enero de 2021, y el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 29 de septiembre de 2020 y hasta que se haga efectivo su pago, sobre las sumas aquí reconocidas, pues contrario a lo indicado por el a quo, el que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones hubiese manifestado su deseo de conciliar, ello no la exonera de la conducta omisiva causada, máxime, cuando en la propuesta presentada se exonera del pago de los intereses aquí debatidos.

¹ La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 03 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, exclusivamente en lo relacionado con la fecha hasta la cual deben ser reconocidos los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales deberán ser cancelados hasta el momento en que se haga efectivo el pago del retroactivo aquí reconocido, conforme las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

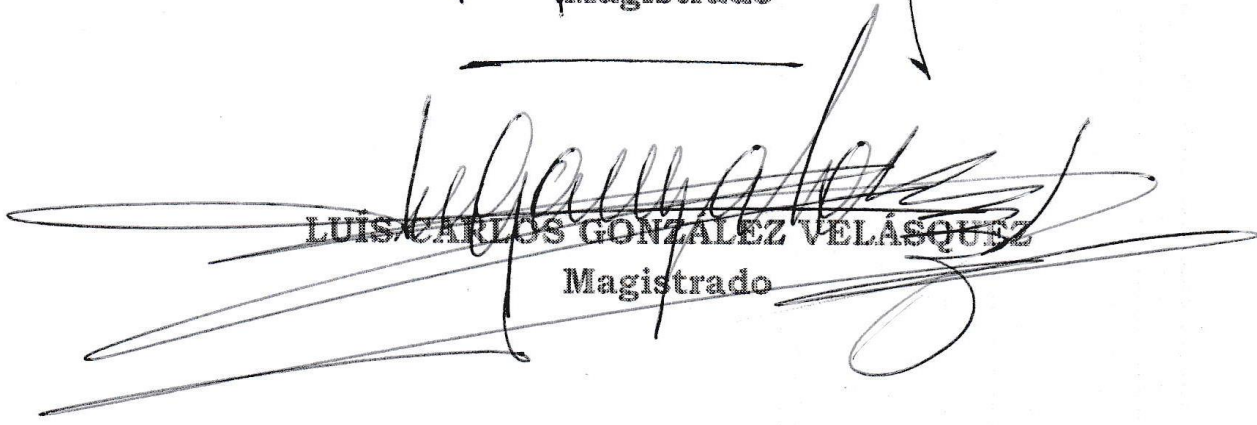
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105005202000371-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: Mesada 14 o mesada adicional de junio – Acto Legislativo 01 de 2005

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP contra la sentencia del 11 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por DEYANIRA SUAREZ AVILES en contra de UGPP, previo los siguientes antecedentes:

ANTECEDENTES

DEYANIRA SUAREZ AVILES, promueve demanda en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, para que se declare que fue retira de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero el 27 de junio de 1999 por liquidación de la entidad, que la prestación pensional convencional se causó el 27 de junio de 1999, en consecuencia, se condene, al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce desde el 17 de abril de 2007 fecha en la que entro a disfrutar del derecho pensional, indexación, costas y agencias en derecho. (archivo 002. 28.10.2020 DEMANDA.pdf folios 4-5 virtuales)

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que; prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por más de 20 años, que se dio por terminado el contrato de trabajo el 27 de junio de 1999, que adquirió el derecho a la pensión convencional el 27 de junio de 1999, el cual se hizo exigible el 17 de abril de 2007, que se emitió Resolución No. 05256 del 4 de mayo de 2007 por el empleador, mediante el cual reconoce pensión de jubilación convencional, con una mesada de \$887.448.50 equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, también reconoció el pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce, que al reconocimiento no se actualizo o indexo el salario promedio, que se interpuso la acción judicial correspondiente, por lo que la UGPP para dar cumplimiento al fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral emite la Resolución No. RDP 034392 del 23 de agosto de 2008 mediante la cual se indexa la pensión de jubilación convencional, elevando la cuantía a \$1.460.170.00 y de manera unilateral la demandada suspendió el pago de la

mesada adicional de junio o mesada 14 y se agotó la reclamación administrativa. (archivo 002. 28.10.2020 DEMANDA.pdf folios 3-4 virtuales).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y UGPP esta última quien procedió a dar contestación en escrito (archivo 010.31.05.2021 CONTESTACIÓN DEMANDA UGPP terminada – PENSIÓN mesada 14 CONVENCIONAL DEYANIRA SUAREZ AVILES.pdf en 11 folios virtuales) en donde se opuso a todas las pretensiones, para lo cual manifestó algunas situaciones en su defensa, que no corresponden al caso de la referencia, toda vez que se menciona como demandante al señor Segundo Eloy Muñoz Salazar. Propuso como medios de defensa las excepciones que denomino inexistencia de la obligación demandada, prescripción y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 12 de octubre de 2021, condeno a la demandada a restablecer la mesada 14 a partir del año 2017 junto con los reajustes, por ser un derecho adquirido, las cuales deben ser indexadas, también se condenará en costas a la demandada por desgaste de la administración de justicia. (fls 131-132).

Para lo cual sostuvo, que, una vez analizadas las pruebas aportadas al plenario por las partes, se tiene que fue suspendido el derecho adquirido situación consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que el mismo no se estudia en el entendido en que no se afecta su derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la apoderada de la parte demandada interpone recurso de apelación por no encontrarse de acuerdo con la decisión proferida en primera instancia, se revise el fallo y se absuelva de las pretensiones, la demandada reconoció una mesada pensional de jubilación convencional, posteriormente se procedió a la reliquidación de la mesada pensional en cumplimiento de un fallo judicial, una vez realizado este ajuste se evidencia que la demandante no cumple con los presupuestos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005 dado que la mesada pensional es superior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, pues la fecha de efectividad de la prestación lo es del 17 de abril de 2007 fecha para la cual ya estaba vigente la norma traída a colación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley UGPP solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, para lo cual ratifico los argumentos del recurso de apelación. Sin pronunciamiento de la parte demandante.

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

CONSIDERACIONES

Como quiera que no existe discusión de la condición de pensionada de la demandante, el punto álgido de la alzada se centra en establecer si es obligación de la UGPP demandada reconocer y pagar la mesada adicional de

junio o mesada catorce desde el año 2017 fecha en la cual se suspendió, para lo cual deberá verificar la incidencia del Acto Legislativo 01 de 2005, lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia previsto en el artículo 66A del CPL y SS, que impone a la Sala estudiar los aspectos que fueron planteados por la partes recurrentes en sus recursos.

DEL STATUS DE PENSIONADA

Tal como lo advirtió la primera instancia, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación, a través de la Resolución No. DP 05256 del 4 de mayo de 2007, reconoció pensión de jubilación convencional a la demandante a partir del 17 de abril de 2007, en cuantía inicial de \$887.448.50, la que luego fue modificada a la suma definitiva de \$1.460.170 mediante resolución No. RDP 034392 del 23 de agosto de 2018, proferida por la UGPP. (Archivo denominado 11001 31 05 005 2020 00371 00.pdf folios 18-25 virtuales)

MESADA 14

Esta mesada pensional fue creada por el Legislador a través del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, así;

“Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

PARAGRAFO (sic). -Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”.
(Resaltado por la Sala)

Con lo anterior, es claro que el beneficio era para los pensionados que causaran la pensión antes del 1 de enero de 1988, limite que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-409 de 1994 al considerar que la disposición creaba situaciones discriminatorias extendiendo el derecho a todos los pensionados cuya pensión no excediera 15 salaros mínimos mensuales.

Posteriormente, el Acto Legislativo 01 de 2005 elimino la mesada pensional para quienes se pensionarán a partir del 29 de julio de 2005, salvo para aquellas personas que tuvieran una pensión de hasta 3 salarios mínimos, el cual debía causarse hasta antes del 31 de julio de 2011.

Es importante mencionar que el inciso 8 del artículo de la norma antes referida, indica que la mesada se causa a la fecha en que se cumplen los requisitos para tener derecho a la pensión, aunque el reconocimiento se haga en fecha posterior.

En cuanto al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional otorgada a la demandante por la Caja Agraria, artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, en el cual se consagra los requisitos para acceder al derecho, evidenciándose que la edad es un requisito de exigibilidad y no de causación, es el siguiente;

“PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. “A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

(...)

PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución.”. (Subrayado de la Sala)

Frente al tema, la Corte Suprema de Justicia Sala de casación Laboral, sentó su posición al respecto en la providencia No. SL526-2018, dejando fuera toda discusión que la aludida pensión extralegal tiene como requisito de causación haber prestado 20 años de servicio a la empresa y la desvinculación del trabajador, ya que la edad fue concebida como una condición de mera exigibilidad, ósea para el goce o disfrute de la prestación; en la que en lo pertinente puntualizó:

“Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

(...)

Así, la edad considerada en la estipulación convencional fluye indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, por exigir ésta que tal ocurrencia se produzca cuando el ex trabajador ya no se encuentra amparado directamente por ella, resultando que, de una parte, éste hubiere perdido la condición de trabajador de la empresa; y de otra, que sea en un todo posible que ni siquiera la disposición convencional para ese nuevo momento mantenga vigencia en el marco de las relaciones contractuales de la misma empresa. De ese modo, en forma alguna puede concluirse que la dicha edad sea requisito de estructuración del derecho, sino apenas de su exigibilidad, de su goce o disfrute.”.

Siguiendo con el estudio, frente a la aplicación del A.L. 01 de 2005 en materia de pensión convencional, dijo allí la Corporación de máximo cierre en la jurisdicción laboral:

“Desde esta óptica, para el 31 de julio de 2010, cuando según lo visto por fuerza del Parágrafo Transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia de las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, el actor ya

contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 3 de octubre de ese mismo año de 2010.”.

Postura, que ha sido reiterada a través de otras sentencias más recientes como las providencias No. SL3587 de 2020 y SL2507 de 2022.

Así las cosas, no es correcta la postura que pretende la parte apelante acoja esta Corporación, ya que no tiene en cuenta los requisitos de la causación para acceder al derecho pensional, como lo son el tiempo de servicio y retiro voluntario o forzoso, pues el goce o disfrute del mismo depende de la edad, el cual no es requisito para acceder a la prestación.

En suma, el derecho a percibir la mesada 14 no se ve afectado en este caso con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, nótese como la señora Deyanira Suárez ingreso a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a prestar sus servicios a término indefinido el 15 de marzo de 1978 y se retiró el 27 de junio de 1999, laborando un total de 21 año y 103 días, cumpliendo con ello los requisitos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo para acceder al derecho de la pensión de jubilación convencional antes de entrada en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que, se está frente a un derecho adquirido tal como se indicó por el A quo, sin importar que la edad la hubiera cumplido el 17 de abril de 2007, siendo esta última data la fecha para el goce o disfrute de su prestación.

Por las anotadas circunstancias habrá de confirmarse la sentencia apelada despachando desfavorablemente los argumentos del recurso. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$1.000.000.00, las de primera se confirman, dadas las resultas del proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de octubre de 2021 por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró DEYANIRA SUÁREZ AVILES en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

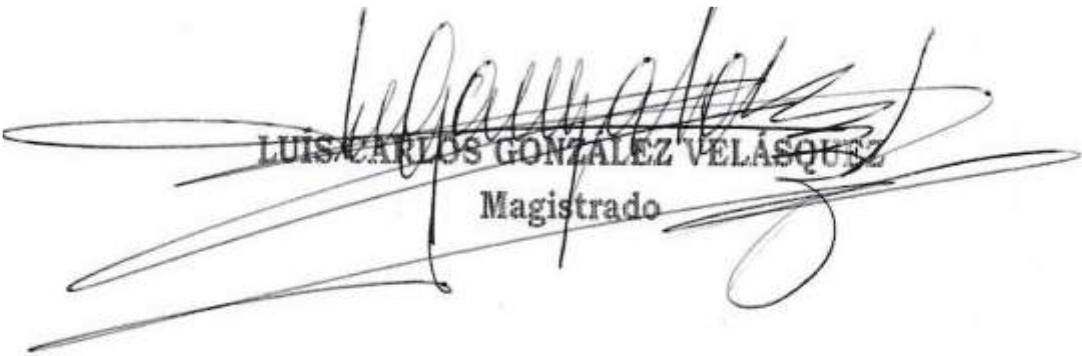
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, FIJESE como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105025201900009-01

En Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Pensión especial de vejez por hijo discapacitado, intereses moratorios y costas procesales

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de los intereses de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en lo por ella no recurrido, contra la sentencia del 22 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARÍA RUBI CABUYA MURCIA en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, previo los siguientes:

ANTECEDENTES

MARÍA RUBI CABUYA MURCIA, promueve demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hija invalida Diana Marcela Ceballos Cabuya desde el 20 de septiembre de 2014, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, costas y agencias en derecho y a lo extra y ultra petita. (fl. 6 del expediente físico)

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que; nació el 16 de mayo de 1969, que tiene una hija discapacitada de nombre Diana Marcela Ceballos Cabuya, nacida el 10 de septiembre de 1989, que en dictamen médico practicado por Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se realizó examen psiquiátrico, concluyendo que padece de retardo mental moderado, requiriendo asistencia constante para satisfacer sus necesidades, que el 27 de julio de 2018 ASOSALUD mediante oficio informa a la demandada COLPENSIONES sobre dictamen de invalidez en el cual se asignó 57.05% de pérdida de capacidad laboral, de origen común, con fecha de estructuración del 10 de septiembre de 1989, que el dictamen final sobre pérdida de capacidad laboral No. 20144081200 del 29 de enero de 2014 arroja 64.88%, que es madre cabeza de familia, que su hija depende económicamente de ella y que el padre colabora solo con una suma de \$200.000.00 mensuales, dinero insuficiente para proporcionar las necesidades básicas, que es trabajadora independiente y su estado es cotizante, que tiene cotizadas más de 1.320 semanas, cumpliendo con los requisitos de ley, que el 20 de mayo de 2014 solicito ante COLPENSIONES la prestación pensional, que mediante Resoluciones No. GNR

332667 del 24 de septiembre de 2014 y SUB 250054 del 21 de septiembre de 2018 negó el derecho. (fls 3-5 del expediente físico)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y COLPENSIONES, esta última dio contestación en escrito de folios 65 a 72, en donde se opuso a todas las pretensiones, bajo el argumento de que la demandante compareció a rendir declaración juramentada, concluyendo la entidad que no acredita la condición de madre cabeza de familia, al manifestar que su estado civil es casada, además de no cumplir con el requisito de madre trabajadora, dado que a la fecha de la solicitud esto es el 28 de julio de 2018 no presenta cotizaciones al sistema general de pensiones, al presentar deuda por no pago del subsidio de estado, en consecuencia solicita se absuelva. Como medios de defensa propuso las excepciones que denomino; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 17 de septiembre de 2018, condenó a COLPENSIONES a las pretensiones incoadas por la parte demandante e impuso las costas correspondientes, así:

“PRIMERO: DECLARAR que la administradora colombiana de pensiones - COLPENSIONES, debe reconocer y cancelar a la señora MARIA RUBI CABUYA MURCIA, C.C. 35.512.941 la pensión especial de vejez por hija invalida, prevista en el inciso segundo del parágrafo cuarto del artículo noveno de la ley 797 del 2003, a partir del 1° de noviembre de 2018 en adelante en cuantía inicial a la suma de \$781.242 pesos, por lo motivado.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora colombiana de pensiones - COLPENSIONES, al pago por concepto de retroactivo a favor de la demandante señora MARIA RUBI CABUYA MURCIA ya identificada a partir del 1° de noviembre de 2018, que a la fecha asciende a la suma de \$32.697.407 pesos, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago.

TERCERO: DECLARAR y PONDERAR a la demandada administradora colombiana de pensiones -COLPENSIONES, a que debe reconocer y cancelar la demandante MARIA RUBI CABUYA MURCIA los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 1° de marzo de 2019, que a la fecha ascienden a la suma de \$8.627.352 pesos como quiera que la norma es clara, los intereses se liquidaran con la tasa vigente al momento del pago.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: Se CONDENA en costas a cargo de la demandada administradora colombiana de pensiones -COLPENSIONES y a favor de la demandante por valor de \$1.200.000 pesos.

SEXTO: De no ser apelada la presente decisión envíese a la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”.

El A quo argumento; que, una vez analizadas las pruebas aportadas por las partes, así como las practicadas en primera instancia, se concluye que la demandante cumple con los requisitos establecidos en la norma para acceder al derecho reclamado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación en los siguientes términos:

Solicito revocatoria de la sentencia, por no cumplir con el requisito de ser madre trabajadora, ya que al solicitar la prestación el 28 de julio de 2018 no presentaba cotizaciones al sistema general de pensiones, dado que aparecía deuda por no pago del subsidio de Estado, también frente a los intereses moratorios y costas procesales, bajo los presupuestos de la providencia No. SL14528 de 2014 en donde se imponen intereses moratorios por el retardo en el pago, la sentencia C-101 del 24 de Mayo de 2000 en donde se habla de la exequibilidad de los intereses moratorios y el art. 365 C.G.P. frente a la condena en costas para lo cual debe verificarse la buena fe y tener en cuenta que la entidad actuó bajo el mandato legal y constitucional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley la parte demandante solicito que el recurso impetrado por la demandada sea despachado desfavorablemente y se acoja en su integridad la sentencia de primera instancia, por su parte la demanda COLPENSIONES guardo silencio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver este grado jurisdiccional previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Se circunscribe a establecer si la demandante tiene **derecho a la pensión especial de vejez por hijo discapacitado**, para lo cual deberá la Sala verificar **(i)** si cumple con los requisitos establecidos en la ley, **(ii)** si se debe exigir la condición de madre cabeza de familia, **(iii)** si para el momento de la solicitud de la prestación pensional era trabajadora activa y cotizaba, **(iv)** intereses moratorios cuando proceden teniendo en cuenta la providencia No. SL14528-2014 y la buena fe, **(v)** excepción de prescripción y **(vi)** costas en base al artículo 365 del C.G.P. y el actuar de la entidad.

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO DISCAPACITADO

El Legislador cuando creo este beneficio lo hizo con el objetivo de que el progenitor(a) se abstuviera de continuar laborando, para dedicarse al cuidado del hijo(a) discapacitado(a) facilitando su rehabilitación y permitiéndole acceder al cumplimiento de sus obligaciones familiares y necesidades básicas de manera digna de todo el núcleo familiar a través de la prestación pensional, derecho ligado a las garantías fundamentales como mínimo vital, alimentos y seguridad social entre otros, ello por cuanto es un fin del Estado Social de Derecho la protección especial de las personas en estado de discapacidad, catalogados como un grupo de personas de extrema vulnerabilidad, merecedores de una especial consideración, en virtud al principio de la progresividad característico del Sistema de Seguridad Social Integral.

(i) Requisitos

Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 en el inciso 2 parágrafo 4, consagra los requisitos que deben cumplir para acceder a la prestación, así;

“La madre trabajadora cuyo hijo (menor de 18 años) padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.”.

En consecuencia, las exigencias por acreditar son los siguientes:

- 1. Pérdida de capacidad del hijo o hija;** de las pruebas documentales aportadas por la parte demandante se tiene, el registro civil de nacimiento de Diana Marcela Ceballo Cabuya, nacida el 10 de septiembre de 1989, constando que su madre es la demandante señora María Ruby Cabuya Murcia (folio 15 expediente físico), también se cuenta con dictamen emitido por COLPENSIONES el 29 de enero de 2014 en el que consta que **Diana Marcela Ceballos Cabuya tiene una pérdida de capacidad del 57.05%**, con fecha de estructuración del 10 de septiembre de 1989 de origen común, en el que se puede verificar un diagnóstico de *“retraso mental moderado: otros deterioros del comportamiento”*, folios 30 al 34 del expediente físico.
- 2. Dependencia económica del Hijo o hija respecto del padre o madre;** en primera instancia se recibieron las declaraciones de Carmen Mondragón y Luís Antonio Sarmiento, la primera deponente hizo referencia a que es amiga de la demandante desde hace aproximadamente 15 años, ya que son vecinas y coincidían en las juntas de acción comunal del barrio, dice que conoce que María tiene una hija con problemas de discapacidad, convulsión, hipotiroidismo y retraso mental leve, que conoce que la señora María es quien cuida a su hija se encarga de su organización personal, de la ropa, de los medicamentos y la alimentación, que es madre cabeza de familia y que para su sostenimiento fabrica productos de aseo los cuales aprendió a hacer por un curso que hizo en el SENA, además de vender sabanas ya que tiene que ver por su hija, que esta pendiente de que la niña Marcela estudie y se supere, que la señora María Cabuya era casada, pero se separó y que el papá de la hija le entrega una cuota alimentaria.

Frente a la declaración del señor Luís Sarmiento no se tendrá en cuenta, toda vez que la misma no da certeza o credibilidad alguna, pues lo manifestado por el testigo a lo largo de su declaración fue indicado previamente por alguien que lo acompañaba en el recinto en el cual se encontraba, tal y como consta en la diligencia llevada a cabo el 22 de junio de 2021 (folio 94 medio magnético CD), de la que se dejó constancia por la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES, así como del Juez.

De lo anterior, para esta Corporación es suficiente lo expuesto por la señora Carmen Mondragón a fin de acreditar la dependencia económica de **Diana Marcela Ceballos Cabuya respecto de María Ruby Cabuya Murcia, ya que**

de manera concreta le consta a lo que se dedica la demandante con el fin de generar ingresos que le permitan solventar sus obligaciones y necesidades básicas, los de su hija discapacita y en general los de su grupo familiar, en conclusión, no solo responde por la manutención de su hija discapacitada, sino que además provee por el cuidado de la misma, y el hecho de que el padre de Diana Ceballos Cabuya contribuya con una cuota alimentaria no quiere decir que sea suficiente para sufragar todos los gastos de la hija en común, siendo entonces una obligación legal que le corresponde de forma conjunta a los padres.

- 3. El número de semanas mínimo para acceder a la pensión de vejez;** en el plenario reposa historia laboral emitida por COLPENSIONES de folios 51-59 del expediente físico, actualizada al 16 de octubre de 2018, en la que se **acredita un total de 1.309.86 semanas**, independientemente de que para algunos ciclos tales como julio de 2014, agosto y septiembre de 2018 tengan como observación “*deuda por no pago del subsidio por el Estado*” tal y como reposa en el detalle de pagos efectuados, los cuales no se tuvieron en cuenta en el resumen de semanas cotizadas, ya que si bien se indican periodos de inicio y final, es evidente que el total de semanas registradas no contabiliza los periodos ya relacionados.

(ii) ¿Debe exigirse como condición ser madre cabeza de familia?

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral a través de la providencia No. SL17898-2016, indica que la ley no contiene esa exigencia como requisito para acceder a la prestación, además porque la finalidad que el Legislador le da a la ley es amparar al sujeto discapacitado, se expuso:

“En tal perspectiva, se tiene que con dicha prestación especial se busca relevar al padre o la madre, del esfuerzo diario de obtener ingresos para la subsistencia no solo de su hijo sino también la propia, pues al beneficiarse de tal prestación se asegura el flujo monetario que le posibilitará compensar con su cuidado personal las insuficiencias de este último.

*Y es precisamente, en ese sentido que la dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial, constituye uno de los condicionamientos para acceder a la misma. Sin embargo, **para la Sala, contrario a lo entendido por Tribunal, tal exigencia no puede ser equiparada al concepto de «madre cabeza de familia»** que, conforme al punto 1.3 del artículo 1 del Decreto 190 de 2003, corresponde a: «Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada» (resalta la Sala).*

Lo anterior, por cuanto de la lectura desprevenida de esa última disposición, es dable concluir que deben converger dos situaciones para que las madres puedan ser catalogadas como «cabeza de familia». La primera, que sus hijos (menores o inválidos) dependan económicamente de ella y, la segunda, que tal subordinación financiera sea «exclusiva» o, lo que es igual, que sea la única proveedora de ingresos monetarios para el sostenimiento de sus descendientes.

Sin embargo, esa exigencia no se incluyó en la norma que establece la pensión especial pretendida en este asunto, pues en ninguno de sus apartes se refirió en sentido estricto a la calidad de madre cabeza de familia ni tampoco incluyó el requisito de «exclusividad» a que se hizo referencia.”. (Negrilla fuera de texto)

El anterior pronunciamiento ha sido ratificado por la misma corporación en providencias No. SL1991-2019, SL2585-2020 y SL739-2021, por lo que, **no se exige que el progenitor a cargo del hijo invalido, deba tener la calidad de padre o medre cabeza de familia.**

(iii) ¿Debe estar activo(a) laboralmente al momento de la solicitud?

Al respecto, la providencia No. SL785-2013 de la CSJ – SL, dijo:

“Considera la Corte que, contrario a lo entendido por el ad quem, el legislador, con la expresión “madre [o padre] trabajadora [o trabajador]”, no se refirió en el sentido estricto de que el solicitante tenga vigente el contrato de trabajo al momento de la petición, como lo entendió el ad quem.

*De acuerdo con el contexto normativo y por tratarse de una acción afirmativa en pro de quienes se encuentran en condición de debilidad manifiesta como es el caso de los inválidos y de los progenitores de estos a cargo de su manutención, **para esta Corte la interpretación acertada de la norma es la que entiende que el titular del derecho establecido en la citada disposición es aquel que vive exclusivamente de su trabajo, en razón a que no cuenta con alternativa económica diferente a la de su actividad laboral, independientemente de si es trabajadora activa o no; cuyo ingreso pecuniario le es indispensable para la manutención de su hijo discapacitado.** Todo esto engloba la expresión “madre trabajadora”. (Entiéndase, para todos los efectos de esta norma, por trabajadora también “trabajador”, de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional C-989 de 2006)*

*Adicionalmente que, **por encontrarse afiliada al sistema integral de seguridad social, ya sea como trabajadora dependiente o independiente, sea cotizante activo o inactivo, reúne “...cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez”***¹.

(...)

Nótese como la disposición también dice que “este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral”, de donde claramente se ve que el legislador no usa el vocablo “trabajadora” únicamente como equivalente a “trabajadora activa”, pues está previendo la hipótesis en que la trabajadora o trabajador “se reincorpora a la fuerza laboral”, de donde se confirma que la calidad de trabajadora no está ligada, exclusivamente, a la situación de encontrarse laborando, como lo entendió el tribunal.” (Negrilla resaltado por la Sala)

¹ Inciso 2º Parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003

De lo anterior, debe entenderse al titular del derecho como aquel que vive exclusivamente de su trabajo por no contar con alternativas económicas diferentes **independientemente de que sea trabajador activo o no al momento de solicitar el derecho, sería una exigencia innecesaria dadas las circunstancias, lo importante es que el ingreso obtenido es indispensable para la manutención de hijo discapacitado. Maxime cuando reúne el mínimo de semanas requerido.**

En conclusión, para la Sala es claro que la demandante señora María Ruby Cabuya Murcia cumple con los requisitos establecidos en la norma para acceder a la pensión de vejez anticipada por hija discapacitada a partir del 1 de noviembre de 2018, pues la última cotización efectuada lo fue en octubre de ese mismo año, frente al monto pensional lo será el equivalente de un salario mínimo legal mensual vigente, ya que al realizar las correspondientes operaciones aritméticas de lo cotizado por la demandante dentro de los últimos 10 años arroja un Ingreso Base de Cotización de \$743.432.82, que al aplicar la formula consagrada en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, el valor de la primera mesada pensional asciende a la suma de \$483.411.23 siendo inferior al salario mínimo, el que claramente debe ser ajustado a este como lo hizo el A quo.

(iv) Intereses moratorios cuando proceden

El reconocimiento de los intereses moratorios surge por la mora en el pago de las mesadas pensionales, así se expuso en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales proceden una vez vencido los cuatro meses de que dispone el fondo de pensiones para acceder al reconocimiento y pago de la pensión especial por hijo(a) invalido(a) solicitada, siendo entonces consecuente la condena por el Juez primigenio, sin embargo, la Sala hará algunas precisiones frente a este punto en el caso concreto, dado que en Resolución No. SUB 250054 del 21 de septiembre de 2018, se indica que la solicitud presentada por la señora Cabuya Murcia para obtener el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por hijo inválido lo fue el 28 de julio de 2018 bajo el radicado No. 2018_8966047 (fl. 41 del expediente físico), contando la entidad demandada hasta el 28 de noviembre de 2018 para resolver, pero atendiendo que las 1.000 semanas exigidas en la norma las alcanzo hasta el ciclo de agosto de 2018, es evidente que al momento de presentada la solicitud no era acreedora del beneficio pensional, empero, para el momento que COLPENSIONES resuelve lo pretendido la demandante ya contaba con todos y cada uno de los requisitos necesarios.

Así las cosas, los intereses moratorios debían haberse otorgado desde el 29 de noviembre de 2018 en favor de la señora María Cabuya Murcia, no obstante, la Sala Tercera de Decisión Laboral no modificara la condena del A quo, ya que no hubo apelación de la parte demandante, circunstancia que se entiende aprobada, siendo imposible para este cuerpo colegiado pronunciarse en virtud al principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., además porque conforme lo indica el artículo 69 ibidem, el grado jurisdiccional de consulta procede en favor de la parte demandante cuando sus pretensiones no salen adelante, contrario a lo aquí sucedió frente a la demandada a la que le fue adversa la sentencia.

Ahora bien, **frente al argumento de la apelante de que se de aplicación a la providencia No. SL14528-2014, en lo concerniente a la buena fe,** es clara la postura del máximo órgano de cierre en materia laboral, al indicar que **para la imposición de los intereses moratorios en pensión de sobrevivientes de la Ley 797 de 2003 no son atendibles los argumentos relacionados con la**

buena fe de la entidad, una vez analizado el mismo **NO ES UN FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL APLICABLE AL CASO EN CONCRETO**, nótese como no solo hace referencia a una prestación pensional diferente, sino que el termino para resolver sobre la misma es de dos meses y no de cuatro.

(v) Excepción de prescripción

En primer lugar, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible, no ocurriendo lo mismo con las mesadas pensionales, las cuales prescriben si transcurridos tres años de su causación no se reclaman.

En materia laboral la prescripción de las acciones corresponde a tres años, que se cuentan desde la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo prescripciones especiales, así se consigna en el art. 488 del C.S.T., además esta puede interrumpirse por una sola vez con la simple reclamación por escrito tal como lo indica el art. 489 de la misma normatividad, situaciones reiteradas en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

En el presente caso, la señora María Rubi Cabuya Murcia causo el derecho el 1 de noviembre de 2018, la reclamación administrativa para que se le concediera la pensión la realizó el 28 de julio de 2018, petición resuelta a través de la Resolución SUB 250054 del 21 de septiembre de 2018 mediante la cual se negó el derecho pensional (folios 41 al 50 del expediente físico), interponiéndose la presente acción el 11 de enero de 2019 (folio 58 expediente físico), sin que transcurriera más de tres años entre una y otra fecha, es decir, dentro del término trienal a que se refiere las normas referidas, por lo que esta excepción no está llamada a prosperar.

(vi) Costas

Se condenará en costas a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, parte demandada **COLPENSIONES**. Acorde a lo establecido en el artículo 365 C.G.P. y teniendo en cuenta los criterios establecidos en el Acuerdo No. 1887 de 2003 emitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, señálense la suma de \$600.000.00 en favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada, se confirman las de primera instancia, dadas las resultas del proceso.

Bastan las anteriores reflexiones para confirmar de la providencia objeto de apelación.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida el 17 de septiembre de 2018 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES por la suma de \$600.000.00 y en favor de la parte demandante, se confirman las de primera instancia dadas las resultas del proceso.

La presente sentencia queda notificada en estrados a las partes.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OSCAR ALEJANDRO BARRERA contra DHL GLOBAL FORWARDING (COLOMBIA S.A.S.). Radicación No. 11001-31-05-035-**2017-00820**-01.

Bogotá D. C. cuatro (4) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Se decide el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala, y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** El demandante, el 18 de diciembre de 2017, instauró demanda ordinaria laboral contra DHL GLOBAL FORWARDING (COLOMBIA) S.A.S. con el objeto que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 26 de agosto de 2013 hasta el 24 de marzo de 2017. Como consecuencia, se condene a la demandada a pagar \$5.177.752 por concepto de bonificación por objetivos; intereses generados por el no pago de la suma autorizada sobre la liquidación al BBVA, a título de perjuicios causados; indemnización moratoria del artículo 65 del CST; indexación; 5 días de vacaciones; costas y agencias en derecho; y lo que resulte de las *“facultades ultra y extra petita”*. De forma subsidiaria, solicita se declare que la bonificación por objetivos tiene carácter salarial, y en ese orden, se condene a la demandada al pago de la reliquidación de las prestaciones sociales, la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, la indexación y las costas y agencias en derecho.
- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 26 de agosto de 2013, para el cargo de HEALTH & SAFETY SPECIALIST (Especialista en seguridad

y salud en el trabajo), que el último salario percibido fue la suma de \$4.314.794, con un auxilio de rodamiento de \$350.000. Narra que su jefe inmediato, Mario Ramírez, *“lo incluyó en el programa de motivación de la compañía, a través del cual le sería pagado un bono anual, por cumplimiento de metas”, y que “las metas eran medibles desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de cada año para de acuerdo al porcentaje de cumplimiento de objetivo, el trabajador recibiría una bonificación proporcional a ese cumplimiento el día 20 de abril del año siguiente”*. Señala que en abril del año 2015 y 2016 le fue reconocido el bono motivacional correspondiente a los años 2014 y 2015, respectivamente; que en la política salarial se establecieron como condiciones para ganar el bono de cumplimiento de objetivos, las siguientes: *“Los participantes deben encontrarse trabajando al último día del periodo que se está midiendo y continuar trabajando para DGF o cualquier empresa subsidiaria para la fecha de pago designada para que tengan derecho a los pagos de bonificación que comprende el plan. 1. Los participantes deben encontrarse trabajando al último día del periodo que se está midiendo. Es decir 31 de diciembre de 2016). 2. Continuar trabajando para DGF (DHL Global Forwarding), o cualquier empresa subsidiaria para la fecha de pago designada, posterior a la fecha 20 de abril de 2017). 3. Encontrarse trabajando el día del pago de la bonificación, esto es el 20 de abril del año siguiente a bonificar”*. Manifestó que el 24 de marzo de 2017 solicitó vacaciones anuales, y ese mismo día recibió una carta de terminación de su contrato laboral y le anulan las vacaciones ya concedidas. Aduce que no pudo estar activo trabajando el 20 de abril de 2017, por culpa de su empleador que lo despidió 17 días hábiles antes; y que *“había obtenido el valor de 93%, sobre 100%, en cumplimiento de objetivos con lo cual garantizaba el bono de cumplimiento de metas, durante el periodo anual del 1 de enero al 31 de diciembre de 2016”*. Por otra parte, indica que con ocasión a la terminación del contrato recibió una indemnización por el despido sin justa causa por \$11.753.499; que tenía una libranza con el banco BBVA por \$36.000.000, con descuentos mensuales por nómina de \$1.245.715, y al momento del despido autorizó el descuento del valor total de la liquidación para ser pagado por la empresa DHL, al Banco BBVA, sin embargo, la empresa no canceló de manera inmediata el valor autorizado al banco. Finalmente, manifiesta que, en respuesta a un derecho de petición, la demandada le indicó que había pagado la suma de \$14.059.030, no obstante, el valor original era \$14.033.762, pero, no indicó la fecha en la que hizo la consignación al banco.

3. El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 6 de abril de 2018, inadmitió la demanda (pág. 43 PDF 01); luego de subsanada la admitió por auto del 26 de junio del mismo año y ordenó notificar a la demandada (pág. 57 PDF 01), diligencia que se cumplió el día 17 de agosto de 2018 (pág. 101 del PDF 01).
4. La demandada por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda aceptando la existencia del contrato de trabajo, los extremos y que la terminación

del contrato fue sin justa causa; frente a la bonificación, señaló *“que se trató de un bono no constitutivo de factor salarial, otorgado al demandante como consecuencia del cumplimiento de objetivos generales por parte de la compañía y de ninguna manera de un bono al cumplimiento de metas o logros individuales del ex trabajador”*, y que mediante otrosí del 26 de agosto de 2013, las partes de mutuo acuerdo dejaron constancia de que todos los auxilios o beneficios que recibiera el trabajador por parte de la demandada serían no constitutivos de salario; en cuanto al último bono solicitado indicó que *“el demandante no cumplió con uno de los requisitos exigidos por la compañía, para acceder al bono extralegal, esto es, que se encontrara prestando sus servicios laborales para la fecha del pago del bono, es decir, el día 20 de abril de 2017”*. Por otra parte, señaló que en su momento la compañía no pudo allegar el soporte del pago realizado a favor del Banco BBVA; no obstante, aporta constancia de pago donde se observa el valor cancelado y la fecha en que se realizó el pago. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe, falta de causa, pago y las demás que el Juzgado encuentre probadas. (pág. 103 a 124 PDF 01).

5. Con auto del 15 de noviembre de 2018, se dio por contestada la demanda señalándose como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 27 de febrero de 2019 (pág. 162); diligencia que se realizó ese día y en la misma, el juzgado requirió a la parte demandada para que allegara la traducción de los documentos obrantes a folios 137 a 143; y ordenó oficiar al Banco BBVA para que certificara el pago de la libranza a nombre del demandante (pág. 174-175). La audiencia de trámite y juzgamiento se programó para el 17 de marzo de 2021 (PDF 04).
6. El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 17 de marzo de 2021 (FDF 007), condenó a la demandada a pagar a favor del demandante, la suma de \$4.314.794 por concepto de indemnización moratoria, debidamente indexada; absolvió de las demás pretensiones de la demanda; y condenó a la demandada al pago de costas, tasándose las agencias en derecho en la suma de \$500.000.
7. Frente a la anterior decisión, los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de apelación, así:

La apoderada de la parte **demandante** solicitó la revocatoria parcial de la sentencia, para lo cual señaló: *“Los argumentos de esta apelación tienen que ver con el estudio que su despacho ha indicado sobre la no valoración de la bonificación como un factor salarial, teniendo en cuenta lo indicado en la política salarial, exactamente en la página 3 y página 4, en donde se definen los objetivos que se debían cumplir para dicha bonificación, hay una viñeta en la que dice, objetivos clave individual, y allí se especifica posterior en un cuadro que si el*

participante o si la empresa aún no logra sus objetivos generales al ponderarlos o no pasa del 50%, aun así, el trabajador todavía puede tener derecho al pago basado en el logro de su objetivo individual; en las pruebas que se allegaron se presentó unos pantallazos en los cuales se define que esta bonificación no era al finalizar el año, sino que se hacía mes a mes, deberían ir llenando la plataforma, de conformidad con la prueba que allegó para que se cumpliera el objetivo mes a mes y al final, en el mes 12 se completara la calificación que se requería para obtener esta bonificación; de modo que aun cuando se pagara de forma final esta estrategia iba siendo evaluada mes a mes, lo que se constituye que no es un pago ocasional, sino que es un pago atado a una actividad mensual y permanente. En relación con la negativa de no conceder el pago de esa bonificación que el señor Óscar había cumplido con sus objetivos, también solicito al H. Tribunal Superior la revise, que de conformidad con la condición de que el mismo empleador puso una condición que para ser pagada tenía que estar vinculado en el año siguiente, no obstante, el cumplimiento de objetivos ya estaba dado, es decir, se había materializado dichos objetivos para lograr esa bonificación, de manera, pues que esa condición que pone el empleador de que debe estar vinculado la pone en manos de él. Es una condición que está en manos de él y en ese orden de ideas, pues lo pone en una condición de lo imposible, porque si él lo despide, pues obviamente que no podría haber estado trabajando el día 20, máxime, cuando le había concedido vacaciones que iban hasta el 31 de marzo y después decide en el mismo día, dos horas de diferencia, rebuscárselas y despedirlo, como para que no cumpliera aquella condición. Entonces esa condición que fue impuesta o colocada allí en la política salarial, aun cuando era del resorte del empleador, es una condición que está llevada a lo imposible porque dependía de la decisión de él, aun cuando él ya había cumplido sus objetivos, entonces, pues estos dos asuntos, tanto en el de carácter salarial como el de pagar la bonificación, es que solicito que se revise la sentencia. Igualmente, también en cuanto a los daños y perjuicios, porque al retener esa suma y si bien su despacho, ha indicado que concede una moratoria del artículo 65, también es cierto que en el interrogatorio que se practicó, quedó probado que efectivamente Oscar había autorizado esos descuentos para el pago de su libranza, pero también es cierto que la ley 1527 del 2012, en su artículo 6. indica un término mediante el cual el empleador, debe poner a disposición esos dineros a favor de donde se autorizó la libranza, en este caso del BBVA y ese término es de 3 días, el cual incumplió el demandante (Sic). Por lo tanto, se puede observar efectivamente que sí había un incumplimiento y por lo tanto, unos daños y perjuicios, y respecto pues de la indemnización se observa, pues que si hay una mala fe, porque poner una condición en la que si usted está trabajando ese día le pago, pero lo despido antes, entonces ni modos, pues porque cómo puede cumplir este trabajador su objetivo es si está atado a una decisión del empleador. En este sentido pues solicito al H. tribunal hacer revisión de todas y cada una de las pretensiones que se formularon en la demanda y pues proceder a revisarlas y revocar en esa parte de la sentencia ...”

Por su parte, el apoderado de la parte **demandada** presentó inconformidad, "en lo que tiene que ver con la declaratoria y condena, respecto de la aplicación del artículo 65, vale decir, la indemnización moratoria y la condena sobre la indexación y las costas del proceso, para lo cual fundamento el recurso de apelación en los siguientes términos. Si bien es cierto, la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 no opera de manera automática y como así lo expresó el señor juez y en las sentencias citadas de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, también es importante tener en cuenta el tema de la buena fe o mala fe de la empresa y la posible conducta de buena fe o mala fe de la empresa y por más de que existiera un retraso en el pago de la

liquidación de prestaciones sociales con destino al Banco BBVA en relación a la libranza que había adquirido el actor. En primer lugar, el término no fue un término excesivo, no fue un término exorbitante, con lo cual uno pudiera decir que la empresa de manera torticera se quedara con la plata y digamos y pudiera haber trabajado de esos recursos. El término realmente es un término corto, aunque la ley no trae un término para el pago de las prestaciones sociales, sino que dice que se deben pagar de la finalización del contrato de trabajo, entre la fecha de terminación del contrato y la fecha de la liquidación y él la consignación ante el BBVA pues no hay un término excesivo. Y en segundo lugar, en manera alguna se puede predicar que existió mala fe de mi representada, por el contrario se hicieron los trámites pertinentes para realizar dicho pago, y tal como se acreditó el BBVA certificó dicho pago y los dineros no permanecieron un tiempo, un término amplio en poder de mi representada. En ese orden de ideas y no existiendo una prueba que acreditara mala fe o estar la empresa demandada desprovista de buena fe, pues no se puede aplicar la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, le solicitamos al honorable tribunal, se sirva revisar la condena de la indemnización moratoria del artículo 65, la indexación que ha establecido el señor juez y la condena en costas de los \$500.000 y se sirva revocar el fallo ratificando las otras resultas del proceso y absolviendo a mi representada de las condenas impuestas”.

- 8.** Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, admitió el recurso de apelación mediante auto del 5 de mayo de 2021, luego; con auto del 17 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual ambos apoderados guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de interponer y sustentar los recursos ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Sea lo primer indicar que en el caso concreto no es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato individual de trabajo a término indefinido del 26 de agosto de 2013 al 24 de marzo de 2017, en el cual el actor desempeñó el oficio de HEALTH \$ SAFETY SPECIALIST y que el vínculo laboral terminó por decisión unilateral de la demandada y sin justa causa; todos estos hechos fueron aceptados por las partes y encuentran respaldo en el contrato de trabajo (pág. 135-137), en la certificación laboral expedida por la demandada del 22 de agosto de 2018,(pág. 141), en la carta del 24 de marzo de 2017, mediante la cual la empresa demandada le comunica la decisión de darle por terminado el contrato

de trabajo unilateralmente y sin justa causa ese mismo día (pág. 146).

Ahora, analizadas las intervenciones de los recurrentes, los problemas jurídicos que deben resolverse son: i) Determinar si la demandada le debe pagar al actor el valor \$5.177.752 por concepto de bonificación por objetivos correspondientes al año 2016, o si por el contrario no era beneficiario por no tener el contrato de trabajo vigente para el mes de abril de 2017, como lo indicó el a quo; ii) de igual forma, estudiar si hay lugar o no al pago de perjuicios por la mora de la demandada en el pago de la suma autorizada sobre la liquidación al BBVA; iii) determinar si la demandada debe ser condenada al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, su indexación y las costas procesales, tal como lo dispuso el juzgado de primera instancia o si se debe absolver de esas pretensiones como lo solicita la demandada; y, iv) estudiar la incidencia salarial de la bonificación por objetivos y en dado caso si hay lugar a la reliquidación de prestaciones sociales y demás pretensiones incoadas en la demanda. Frente a este último punto se aclara que se estudiará de forma subsidiaria pues así se encuentra en el escrito de la demanda, aunque no deja de llamar la atención de la Sala que se haya realizado esta última pretensión de forma subsidiaria, pues la misma no resulta excluyente respecto de las propuestas de forma principal.

Respecto al pago solicitado por concepto de bonificación por objetivos correspondientes al año 2016, el juzgador de instancia consideró lo siguiente: *“Respecto a la exigibilidad de esta, se estableció que el periodo de medición correspondiente al año 2016 y que para ser elegibles para el pago del bono debían haber trabajado hasta el último día del periodo de medición y estar empleados en forma continua hasta la fecha de pago, señala el demandante que dio cumplimiento a los objetivos requeridos y que no pudo acceder al pago del mencionado bono por la decisión de su empleador de terminar el contrato de trabajo, para lo cual efectivamente la política de beneficios extralegal limita la concesión de este a la prestación del servicio hasta la fecha de pago, al señalar expresamente lo siguiente, “los empleados deben trabajar hasta el último día del periodo de medición y estar empleado de forma continua en la empresa o una empresa subsidiaria hasta la fecha de pago designada, para ser elegibles a un pago del bono bajo” Es así y a pesar de que conforme el extremo final de la relación laboral, el actor laboró para todo el periodo de medición, la relación laboral no se encontraba vigente a la fecha de pago del bono, lo que impide que dicho beneficio pueda ser objeto de condena como quiera que la existencia del vínculo laboral era un requisito indispensable para la concesión del mismo. Si bien el fundamento del demandante en su pedimento es que atendiendo a que eventualmente había cumplido con los requisitos del cumplimiento de objetivos señalados generaba este derecho al bono; cierto es que la política de dicho beneficio es clara en establecer que son elegibles las personas que se encontraban laborando para la fecha del pago, es decir, toma como requisito para su configuración la permanencia en el lugar de trabajo sin que les sea dable a este despacho entrar a modificar esta disposición contractual o establecida por el propio empleador. Aunado a lo anterior, tenemos que este rubro no entra en la categoría de derecho adquirido, como quiera que no se demostró el cumplimiento de la totalidad de los requisitos para su causación. Así lo ha recordado la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos “en efecto, según lo explicado, la jurisprudencia de la*

sala con apego a la sentencia C 781 de 2003 y C 177 de 2005 y C 429 de 2009 de la Corte Constitucional, los derechos adquiridos corresponden a aquella categoría de beneficios que ingresan al patrimonio del titular, una vez éste ha cumplido con los requisitos o condiciones establecidas en la ley en sentido amplio, es decir, en cualquier fuente formal del derecho. Sentencia 74592 del 17 de noviembre de 2020.”

La parte demandante indica que ya estaba dado el cumplimiento de objetivos para ser beneficiario de la bonificación, y que la condición de que el contrato debía estar vigente al momento de su pago, la impuso el empleador, impidiéndole acceder al beneficio, pues dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa el 24 de marzo de 2017 “*como para que no cumpliera con aquella condición*”, pese a que ya había cumplido los objetivos requeridos.

Para resolver el primer problema jurídico, esto es, si el demandante tiene derecho al pago de la bonificación por objetivos del año 2016, interesa dejar sentado que si bien la parte actora cuestiona el carácter salarial de este beneficio, en la demanda se formuló de forma subsidiaria y así se analizará en esta instancia; por tanto, al resolver este punto no se tocará el tema de la naturaleza salarial de la bonificación solicitada, únicamente si hay lugar o no a su pago; para ello, se allegó la siguiente prueba documental:

Documento denominado “*DHL Global Forwarding Américas Plan de Bonificación (MIP) 2016*”, en el que se indica: “**RESUMEN DEL PLAN:** Este documento del plan define el plan de bonificación de DHL Global Forwarding (DGF) 2016 para empleados elegibles en niveles exentos de DGF Américas. Identifica el plan, objetivos, criterios de elegibilidad, potencial y logro de bono, objetivos del plan y ponderaciones. Así mismo, el documento del plan describe las provisiones administrativas, incluyendo la aprobación ejecutiva. Este documento sustituye cualquier otro plan o programa previo de bonificación y tiene que ser aprobado por la Cabeza de Recursos Humanos, el CFO y el CEO de DHL Global Forwarding Américas”. **OBJETIVOS DEL PLAN.** El plan de bonificación está diseñado para. Motivar a los empleados para mantener y mejorar los niveles de calidad de servicio. Compartir con los empleados el éxito financiero de DHL Global Forwarding. Premiar a los empleados por los resultados de desempeño local/productos.” **PERIODO DE MEDICIÓN:** El periodo que cubre este programa es desde el 1 de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016. (...) “**TERMINACIONES:** Los participantes para los cuales el empleo termina antes de la fecha efectiva de pago, no tienen derecho a recibir el pago del bono. El pago de los bonos solo se realizará tras la revisión y aprobación de los resultados financieros y normalmente la realización del pago se espera para el mes de abril. Todos los bonos, independiente de prorrateo, se acumulan y devengan en el día del pago. Los empleados deben trabajar hasta el último día del periodo de medición y estar empleados de forma continua en DGF o una empresa subsidiaria, hasta la fecha de pago designada para ser elegibles a un pago del bono bajo el plan” (pág. 178-184).

Pantallazos que señala informe de detalles de objetivo, aparece relacionado el nombre del demandante como *propietario del objetivo*, la descripción, que se

encuentra en inglés y no está traducida, fecha de comienzo: 1 de enero de 2016 y fecha prevista 31 de diciembre de ese mismo año, aparecen varios cuadros donde se repite la información señalada, sin embargo, en cada uno el logro aparece en un porcentaje diferente, y la descripción pese estar en inglés se puede apreciar que es diferente en cada cuadro; sin embargo, es un documento de difícil lectura, que no tiene fecha, no se puede colegir de dónde proviene y de qué se trata su contenido. En la pág. 27 aparece un pantallazo “*Anexo 1 Pantallazo objetivos cumplidos 2016*” documento que también resulta de difícil lectura, pues únicamente se alcanza a leer “*mis objetivos*”, aparece el 93% y al lado “*TOTAL COMPLETADO*”, y más abajo aparecen otros porcentajes y al lado un texto en inglés, poco legible (pág. 24 a 26).

También se recibió el interrogatorio de parte al representante legal de la demandada y al demandante. El representante legal de la demandada aceptó que el demandante era beneficiario del Plan de bonificación MYP 2016; respecto a las condiciones que debía cumplir para ser acreedor de la bonificación señaló: “*Para efectos de tener derecho al pago del bono se debía cumplir con los objetivos señalados en el plan, objetivos de la compañía y objetivos que están señalados y la persona tendría que estar vinculado a la compañía para la fecha de pago de la bonificación, es decir, aproximadamente el 20 de abril. Hay otras condiciones, por ejemplo, no estar incurso en un proceso de acción correctiva. Hay un punto referente a las licencias de cuando inciden o no en la liquidación del bono y demás, pero es básicamente que se cumplan los objetivos y estar activo en nómina para la fecha de pago de la bonificación*”; aceptó que el demandante cumplió con los objetivos de ese plan en un 93%, lo cual lo hacía acreedor del bono, sin embargo, debía estar vinculado a la empresa al momento del pago del bono, situación que no cumplió; señaló que esa bonificación no hacía parte del salario y que eso “*quedó establecido en el contrato de trabajo*”; a la pregunta de si esa política fue socializada al actor, indicó que, si bien no tiene conocimiento que se haya hecho como tal al actor, es “*una política de conocimiento de todos los empleados que son beneficiarios de la misma*”. Por su parte, al demandante no se le preguntó respecto al pago de esta bonificación, sino a la naturaleza salarial que como ya se indicó no se hará referencia al resolver las pretensiones principales.

De acuerdo al acervo probatorio, se debe tener en cuenta que no es objeto de discusión la existencia del Plan de bonificación MYP 2016, tampoco que el demandante era beneficiario del mismo y que cumplió en un 93% los objetivos de ese plan, esto último de acuerdo a lo señalado por el mismo representante legal, pues la documental allegada como ya se indicó es de difícil lectura. Ahora, las partes coinciden en indicar que la razón por la cual no se pagó la bonificación al demandante fue porque al momento de su pago, que sería el 20 de abril de 2017, el contrato de trabajo ya no estaba vigente. Frente a este punto, interesa subrayar que en el plan de bonificación no se puede perder de vista, como lo aceptan las partes, que dentro de las condiciones para el pago se contempló la de tener vigente

el contrato de trabajo para el mes de abril, pues allí indica: “*Los participantes para los cuales el empleo termina antes de la fecha efectiva de pago, no tienen derecho a recibir el pago del bono. El pago de los bonos solo se realizará tras la revisión y aprobación de los resultados financieros y normalmente la realización del pago se espera para el mes de abril. (...)*”; por tanto, es claro que además del cumplimiento de los objetivos y trabajar en este caso hasta el 31 diciembre de 2016, para cumplir el período de la medición (enero a diciembre de 2016), el trabajador debía estar vinculado laboralmente con la empresa al momento del pago, se reitera 20 de abril de 2017, situación que no cumple el actor, y que esta Sala no puede pasar por alto, pues no le es permitido cambiar las políticas de la empresa, ya que el demandante en ningún momento manifestó que fue engañado, que desconociera las características y condiciones señaladas en el plan de bonificaciones, ni que el vínculo laboral se le haya terminado precisamente el 24 el marzo de 2017 con la finalidad de no pagarle el bono en abril de ese año, pues la finalización de su contrato ni siquiera es objeto de reparo por el actor, y si bien el representante legal manifestó no estar seguro de que se le haya socializado la política al actor, se reitera no se está cuestionando que se desconocía esa condición, pues el reparo está en el hecho de que la terminación del vínculo le impidió recibir el pago. Ahora, tampoco se puede omitir que el empleador tenía la facultad de terminar el vínculo sin justa causa, pagando, claro está, la indemnización correspondiente.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que el demandante no acreditó el cumplimiento de todos los requisitos para acceder al pago de la bonificación correspondiente al año 2016, pues se reitera su vinculación no estaba vigente a abril de 2017; en todo caso, el reconocimiento de un derecho extralegal solo es posible en las condiciones y términos que establezca el acto que le da origen, sin que en este campo sea dable hacer extensiones por analogía o por razones de equidad; por tanto, se confirmará la decisión del a quo en este punto, en cuanto absolvió a la demandada de esta pretensión.

Por otra parte, la demandante insiste que se debe condenar a la demandada al pago de daños y perjuicios consistentes en intereses generados por el no pago en tiempo, del valor de la liquidación al banco BBVA, en cumplimiento del descuento autorizado por la libranza que tenía con dicha entidad bancaria.

Para resolver si le asiste razón o no al demandante, se tiene en cuenta la siguiente documental:

Autorización de descuento de recaudo a través de la libranza firmada el 26 de enero de 2017 por \$36.000.000, descuento mensual de \$1.228.315 (pág. 148).

Recibo de pago de BBVA, que indica pago de libranzas, fecha operación 26 de

abril de 2017, total cancelación \$14.059.030, sello de BBVA recibo por consignación el 26 de abril de 2017 (pág. 149).

Respuesta de BBVA de fecha 1 de octubre de 2019, donde indicó: *“en atención al requerimiento de la referencia, nos permitimos anexar al presente la conciliación de los pagos trasladados a esta entidad por DHL a la obligación No. 1449600189297 en titularidad del señor OSCAR ALEJANDRO BARRERA”* y aparece un cuadro donde se relaciona fecha vencimiento 3 de mayo de 2017, transmisión 4 de mayo de 2017, valor recibido \$14.059.030 (pág. 200).

Frente a este punto las partes están de acuerdo que el demandante autorizó a la empresa descontar de la liquidación del contrato una libranza que tenía con el banco BBVA, también se evidencia que si bien el vínculo terminó el 24 de marzo de 2017 y que la liquidación de acreencias laborales del trabajador arrojó la suma de \$14.033.762, la empresa consignó al Banco \$14.059.030 hasta el 26 de abril de ese año, sin embargo, en el extracto de BBVA aparece como fecha de *transmisión* de ese valor el 4 de mayo de 2017; ahora, pese a que es claro e incluso no fue negado por la demandada, el empleador no consignó al banco de forma inmediata a la terminación del vínculo laboral, no se encuentra acreditado que esa situación haya ocasionado algún perjuicio al demandante, pues ni siquiera se advierte que se hayan generado los intereses que indica la parte actora, por tanto se deberá absolver a la demandada de esta pretensión y confirmar la decisión de primera instancia frente a este aspecto.

Ahora, si bien se encuentra pendiente resolver el reparo de la parte actora frente a la incidencia salarial del plan de bonificación, en la medida que esa pretensión se señaló como subsidiaria se estudiara con posterioridad.

La parte demandada, solicita se absuelva de la indemnización moratoria, al considerar que la misma no opera de forma automática y que no existió mala fe de parte de la empresa, pues *“entre la fecha de terminación del contrato y la fecha de la liquidación y la consignación ante el al BBVA pues no hay un término excesivo”*.

Frente a esta pretensión, el a quo señaló: *“(…) observando que no se demostraron circunstancias que la exoneraran, ya que fue la misma demandada quien decidió terminar el contrato de manera unilateral sin justa causa al actor, por lo que previo a esta decisión debía contar con la apropiación presupuestal correspondiente, sin que pueda dársele valor a la justificación planteada, esto es la revisión del área de cartera o que la deuda a favor del actor podría esperar respecto de obligaciones con los demás trabajadores e incluso con terceros. Recuérdese señores demandados que las obligaciones laborales son de primer orden, aceptar la excusa planteada por la pasiva llevaría a establecer que la empleadora pueda a su discreción determinar la fecha en que el trabajador despedido puede recibir los salarios y prestaciones adeudadas, actuación que manera alguna puede ser avalada y*

soportada por el acreedor. Entonces, como la demanda no pago de las prestaciones sociales al momento de la terminación de la relación laboral y no obra en el expediente, prueba tendiente a justificar su actuar moroso se procederá a condenar a la pasiva, a pagar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del código sustantivo del trabajo”.

En relación con la indemnización moratoria, el artículo 65 del CST, consagra: “(...) 1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, 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”. Asimismo, tiene dicho la jurisprudencia ordinaria laboral que no es de imposición automática en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el empleador, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva, para ubicarlo en el terreno de la buena fe, según las condiciones particulares de cada caso (CSJ sentencias SL., 20 jun. 2012 rad. 41836, y SL16884 de 16 nov. 2016 rad. 40272 entre otras).

En el caso concreto, como se ha indicado antes, no es objeto de discusión que el contrato de trabajo del demandante terminó el **24 de marzo de 2017** y que obedeció a una decisión tomada de forma unilateral por la empresa demandada y sin ninguna justa causa, liquidándose la respectiva indemnización; asimismo, que el demandante autorizó de forma escrita a la empresa descontar del pago de salarios y prestaciones sociales las cuotas de una libranza que había adquirido con el banco BBVA; descuento que la empresa consignó a la entidad bancaria solo el **26 de abril de 2017**, es decir que transcurrió más de 1 mes después de terminado el vínculo laboral; situación que en un principio conllevaría a imponer a la empresa el pago de la indemnización moratoria pues se trata de un término muy largo para el respectivo pago; sin embargo, no se puede pasar por alto que la liquidación de acreencias laborales no se debía pagar al demandante directamente, sino aplicar a una deuda que tenía y cuyo pago había autorizado que se hiciera al acreedor bancario; por lo tanto, la tardanza de la demandada en realizar la consignación al banco, de ningún modo privó al trabajador de atender sus necesidades básicas y las de su familia, pues ese dinero tenía una destinación diferente, por cuanto, como ya se indicó, el demandante autorizó se consignara al banco. Mírese que la norma habla de que la sanción se causa cuando el empleador “... no paga al trabajador...”. Es que no puede pasarse por alto que la drasticidad de esa sanción encuentra su vengo en el carácter vital que revisten los pagos por salarios y prestaciones sociales una vez terminada la relación, que se disipa cuando los dineros no van a ser recibidos por el trabajador, por haber autorizado su entrega a un tercero.

Ahora, si bien no se comparte el argumento del recurrente, pues la buena o

mala fe no se mide por si la tardanza fue por un término extenso o no, y en este caso si el pago se hubiese hecho directamente al empleador, el plazo para el pago fue muy largo, para la Sala, contrario a lo señalado por el a quo, no hay lugar a condenar a la demandada por concepto de indemnización moratoria, pues no estamos en el escenario de que la tardanza de la empresa tuviera la intención de sustraerse de sus obligaciones de índole laboral hacía el demandante, pues el monto de la liquidación no estaba destinado para entrar al patrimonio de aquel sino de un tercero, y bien pudo creer de buena fe que se podía tomar un término más amplio para consignar esos dineros al banco, con lo que se encuentra que tiene razón el recurrente cuando plantea que su conducta no fue de mala fe, que es lo que, entiende la Sala, plantea en el recurso de apelación y por lo que aspira se revoque esta parte de la sentencia.

Así las cosas, se absolverá a la demandada de esta pretensión, al igual que de su indexación, por tanto, deberá revocarse la decisión del a quo sobre estos dos aspectos. La condena o no en costas dependerá si se absuelve a la demandada de todas las pretensiones, por tanto, previo a disponer al respecto, se deberá estudiar la pretensión subsidiaria objeto de recurso de la parte actora.

Ahora, frente a la pretensión subsidiaria, esto es, la incidencia salarial del bono reconocido en el Plan de Bonificación, el a quo consideró: *“procede el despacho a estudiar las pretensiones subsidiarias, para lo cual, las mismas se encuadran en la declaratoria de que los rubros recibidos por el actor por concepto de bonificación por objetivos tienen carácter salarial y, en consecuencia, se condene a la reliquidación de las prestaciones sociales, indemnización contemplada en el artículo 65 y la indexación de la suma adeudada. Para el estudio de estas pretensiones, tenemos que, conforme a los documentos de folio 127 y 128, el actor recibió en el mes de abril de 2015 y 2016 por bonificación la suma de \$4.696.730 y \$5.111.858 respectivamente. Plasmándose en esas comunicaciones que las mismas correspondía a una mera liberalidad del empleador y que las partes convenían que dicho pago no constituiría salario para ningún efecto legal. Sea lo primero indicar entonces que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo enseña que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie, con prestación directa del servicio, sea cualquiera, la forma o denominación que se adopte como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor de trabajo suplementario de horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones. El artículo 128, por su parte, modificado por el artículo 15 de la ley 50 del 90, indica cuáles pagos no constituyen salario, señalando que son sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad, recibe el trabajador del empleador como primas, bonificaciones, gratificaciones ocasionales, participación de utilidades excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que reciben dinero o en especie, no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Consecuencia de lo contemplado en el artículo 127 y 28 del Código Sustantivo del Trabajo, se consideran elementos integrantes del salario todo lo que percibe el trabajador en forma ordinaria o extraordinaria, que implica retribución del servicio, independientemente de la forma de o denominación que se le dé. La*

segunda disposición normativa indica varias circunstancias para dilucidar qué pagos provenientes de la relación laboral no integran el salario y los cuales corresponden a mera ocasionalidad o no habitualidad, la liberalidad del patrono y los que tienen por objeto facilitar la labor del trabajador como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. La Corte en Sala Laboral ha definido el salario en los siguientes términos, “el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación a un método de cálculo siempre que pueda evaluarse en efectivo fijado por acuerdo o por la legislación nacional y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo escrito o verbal por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar, o por servicios que haya prestado o deba prestar. Sentencia 39475 del 13 de junio de 2012. (...) En el folio 125 hay una cláusula adicional suscrita por las partes, en donde se establece que el empleador podrá reconocer por mera liberalidad, auxilios o beneficios en dinero o en especie por acordarlos así las partes y no serían constitutivos de salario, ni se apreciarán como factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales. Respecto al pacto de dichas cláusulas, la Corte Suprema de Justicia señalado que la facultad establecida en la Ley 50 del año 90 y que el demandado reclama, desconocida por el a quo, no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario o retribución que por ley la tiene, lo que no puede lógicamente hacerse ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo es disponer de aquello que por esencia es salario deje de serlo. Sentencia del 13 de junio de 2012 radicado 39475. Por lo que a pesar de que existen entre las partes un pacto de exclusión salarial, le es dable a este despacho analizar el rubro entregado a efectos de determinar si el mismo constituye salario. No obstante, en el caso concreto no hay ninguna prueba de las condiciones por las cuales se entregan dichos montos, si bien en los folios 158 a 164 de los documentos contentivos del plan de bonificaciones corresponde al año 2016, por lo que el despacho desconoce cuáles fueron los criterios que utiliza la empleadora para el reconocimiento de la bonificación en los años en estudio, lo que hace imposible realizar un análisis al respecto e impartir condenas sobre el particular. (...) Si bien dentro de los objetivos a cumplir para acceder al bono entregado por la empleadora, el trabajador debía acreditar una serie de objetivos, lo cierto es que, si esto se cumplieran y la empresa en su totalidad no cumplía con los objetivos, el trabajador tampoco podría acceder a los mismos, por lo que se desvirtúa que tal compensación se fundamentara en la prestación personal del servicio y por ende se absolverá a la demandada de la pretensión subsidiaria. Igual suerte correrán las pretensiones relacionadas con la reliquidación de prestaciones sociales, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y la indexación, ya que la procedencia de estas devenía de la declaratoria de factor salarial de la bonificación entregada al demandante”.

La parte demandante señala en el recurso que la bonificación tiene incidencia salarial porque si bien era un pago que se hacía una sola vez al año, conforme a los pantallazos allegados “se define que esta bonificación no era al finalizar el año, sino que se hacía mes a mes, deberían ir llenando la plataforma, de conformidad con la prueba que allegó para que se cumpliera el objetivo mes a mes y al final, en el mes 12, se completara la calificación que se requería para obtener esta bonificación; de modo que aun cuando se pagara de forma final esta estrategia iba siendo evaluada mes a mes, lo que se constituye que no es un pago ocasional, sino que es un pago atado a una actividad mensual y permanente”; la parte demandada, por el contrario, indicó en su contestación: “se trató de un bono no constitutivo de factor salarial, otorgado al demandante como consecuencia del cumplimiento de objetivos generales por parte de la

compañía y de ninguna manera de un bono al cumplimiento de metas o logros individuales del ex trabajador”.

Frente a este punto, de entrada, se precisa que por regla general y conforme al artículo 127 del CST todo lo que perciba el trabajador en dinero o en especie en ejecución de la relación de trabajo, sea cualquiera la forma o denominación que adopte, que además sea habitual y remunere el trabajo prestado, se presume como pago constitutivo de salario, a menos que resulte claro que su reconocimiento o entrega obedezca a una finalidad diferente, o que se demuestren las condiciones de ocasionalidad o mera liberalidad; es más, la propia legislación laboral consagra la posibilidad de pagos no constitutivos de salario tal como lo contempla el artículo 128 ídem al señalar algunos conceptos que no tienen esa connotación, u otros a los que las partes pueden quitársela, si así lo acuerdan y se trata de sumas que no enriquezcan el patrimonio del trabajador, sino que sirvan como una herramienta económica para desempeñar a cabalidad sus funciones (CSJ sentencias SL12220 de 2017 rad. 44416 y SL3272 de 2018 rad. 69010).

Para resolver este punto, se retoma nuevamente el documento denominado *“DHL Global Forwarding Américas Plan de Bonificación (MIP) 2016”*, donde se indica que los objetivos del plan son: *”Motivar a los empleados para mantener y mejorar los niveles de calidad de servicio. Compartir con los empleados el éxito financiero de DHL Global Forwarding. Premiar a los empleados por los resultados de desempeño local/productos.”*. Así mismo, si bien en el contrato de trabajo no se habla de la exclusión salarial, sin embargo, se pactó un otrosí (pág. 140), que no tiene fecha, pero el demandante en el interrogatorio de parte aceptó que fue suscrito el 26 de agosto de 2013. En dicho documento las partes acordaron lo siguiente: **Salario: El empleador pagara (sic) al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios el salario ya indicado, pagadero en las oportunidades señaladas- Parágrafo: El Empleador podrá reconocer, por mera liberalidad, auxilios o beneficios en dinero o en especie que, por acordarlo así las partes, no serán constitutivos de salario, ni se apreciarán como factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales legales o extra legales, o de cualquier acreencia laboral, de conformidad con los artículos 128 y 129 de CST, modificados por los artículos 15 y 16 de la ley 50 de 1990. El Empleador se reserva el derecho de suspender en cualquier momento los auxilios o beneficios que concedan al TRABAJADOR, cuando se modifiquen las condiciones de trabajo en manera de funciones (sic) obligaciones, salario o simplemente cuando El Empleador así lo considere, sin que deba mediar explicaron (sic) alguna de ello**”. Documento que el demandante aceptó conocer; empero, realizó la siguiente aclaración en el interrogatorio de parte *“yo no conocía la naturaleza de las bonificaciones “extralegal extralegales o extralaborales” de las cuales estaban hablando, pues al decir que hay unas bonificaciones extralaborales, obviamente que las acepte, pero como lo digo, no conocía su naturaleza y tampoco me fueron socializadas las características de ese tipo de bonificaciones en ese momento”*; asimismo, aceptó en esa diligencia que recibió por

parte de la empresa una bonificación en abril de 2015 y otra en abril de 2016 por \$4.696.730 y \$5.111.858, respectivamente, y que en su momento le indicaron que no constituía salario; bonificaciones que de acuerdo con la documental obrante en las páginas 142 y 143 del PDF 01 se entregaron en las fechas y por los valores aceptados por el demandante, y además en ambos aparece lo siguiente: *“Las partes convienen que este pago no constituye salario para ningún efecto legal, según el artículo 127 y 128 del C.S.T. modificado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990”*; sin embargo, el actor señala que después de terminado su contrato averiguó y se dio cuenta que esa no era la naturaleza de las bonificaciones a él reconocidas.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el demandante durante su vínculo laboral recibió dos bonificaciones, denominadas *por “mera liberalidad”* una en abril de 2015 y otra en el mismo mes de 2016, y dejó de recibir la correspondiente al año 2017, por no cumplir con la totalidad de los requisitos exigidos, como ya se indicó. Ahora, frente a la naturaleza salarial de las bonificaciones recibidas en abril de los años 2015 y 2016, y que de acuerdo a lo indicado en la demanda, correspondían a los años 2014 y 2015, respectivamente, encuentra la Sala que lo que se colige es que fueron reconocidas por mera liberalidad por el empleador y que existía otrosí firmado por las partes donde reafirmaban esa naturaleza, ya que ni siquiera se allegó la fuente de las mismas, pues el Plan de Bonificaciones que obra en el proceso es del año 2016, es decir posterior a los años en que se causaron las bonificaciones pagadas al actor.

Ahora, frente a las bonificaciones que aparecen en el Plan correspondiente al año 2016, se ha de advertir que el demandante no acreditó la totalidad de requisitos para hacerse acreedor del bono allí señalado, pues como ya se indicó se debía reconocer en abril de 2017, fecha en que el demandante ya no era trabajador de la empresa demandada; sin embargo, se entrará a analizar la incidencia salarial al ser objeto de recurso por la parte demandante.

Al respecto, se advierte que la parte demandante hace referencia a la pág. 4 del documento Plan de Bonificación 2016, que dice **“LOGRO DEL BONO:** *“Si el logro individual del objetivo promedio ponderado de un participante cae por debajo de una calificación de 50%, no se realizará el pago del bono, aun cuando se logran los objetivos obligatorios. Si el logro de un objetivo obligatorio cae por debajo de la clasificación del logro del 50% no se realizará el pago para ese objetivo obligatorio específico, No obstante, los participantes todavía pueden tener derecho a un pago basado en el logro de su Objetivo Individual.”* Los objetivos de ese Plan se relacionan así: *“Motivar a los empleados para mantener y mejorar los niveles de calidad de servicio. Compartir con los empleados el éxito financiero de DHL Global Forwarding. Premiar a los empleados por los resultados de desempeño local/productos.”*. La Sala encuentra que el documento cuesta entenderlo, puede que ello se deba que el documento original

está en inglés y que el que se está abordando sea su traducción; no obstante, lo que se logra colegir es que el bono era otorgado como consecuencia del cumplimiento de objetivos generales de la compañía, pues si bien habla de “*logro individual*”, no se advierte que retribuyera directamente los servicios prestados por el demandante, tampoco quedó acreditado que se reconocieran de forma continua, porque si bien la recurrente indicó que “*en las pruebas que se allegaron se presentó unos pantallazos en los cuales se define que esta bonificación no era al finalizar el año, sino que se hacía mes a mes, deberían ir llenando la plataforma, de conformidad con la prueba que allegó para que se cumpliera el objetivo mes a mes y al final, en el mes 12 se completara*”, se advierte que dichos pantallazos son de difícil lectura, ya que ni siquiera tienen fecha, y no se puede deducir, como dice el recurso del actor, que acreditan el cumplimiento de un objetivo individual mes a mes, que permita concluir que tenían naturaleza salarial pese al pacto de exclusión, debiéndose confirmar la sentencia apelada en este aspecto. Ahora, en caso de haberse acreditado la naturaleza salarial de la bonificación del año 2016, tampoco habría lugar al reconocimiento de la reliquidación de prestaciones sociales, teniendo en cuenta que el actor no recibió la bonificación contemplada en dicho Plan, pues se reitera no cumplió la totalidad de requisitos para ser beneficiario de la misma.

El anterior resultado hace innecesario el estudio de los demás aspectos de la apelación, relacionados con las costas y las agencias en derecho.

Así quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes.

Las costas en ambas instancias estarán a cargo de la parte demandante, fijándose como agencias en derecho de esta actuación la suma de 1.000.000.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal 1º de la sentencia de fecha 17 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de OSCAR ALEJANDRO BARRERA contra DHL GLOBAL FORWARDING (COLOMBIA) S.A.S., para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada del pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST y la indexación, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandante, se fija

como agencias en derecho de esta actuación la suma de 1.000.000.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

CUARTO: DEVOLVER el expediente digital “*al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes*”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Salvamento parcial de voto

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente. No. 11001 31 05 002 2016 00286 01

Natalia Solano Caballero vs Canacol Energy Colombia S.A. y CNE OIL & Gas S.A.S.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós (2022)

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso laboral de la referencia.

Prevía deliberación de los magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1.- Demanda. Natalia Solano Caballero, mediante apoderado judicial, promovió proceso ordinario laboral contra Canacol Energy Colombia S.A. y CNE OIL & Gas S.A.S., con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, a partir del 15 de julio de 2011, con una asignación salarial mensual de \$1.908.148, que terminó por despido sin justa causa el día 03 de febrero de 2016, vía telefónica, encontrándose la demandante en periodo de lactancia, en consecuencia, se condene a las demandadas al pago de indemnizaciones de los artículos 64, 65 y 239 del CST, horas extras, reliquidación de prestaciones sociales, reintegro al cargo de Supervisora de Laboratorio, por haber sido despedida sin justa causa durante el periodo de



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

lactancia, aportes a seguridad social desde el inicio del contrato hasta tres meses después de haber culminado el mismo, lo *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó en síntesis, que se vinculó con un contrato a término indefinido con la demandada Canacol Energy Colombia SA, en el cargo de operador de planta el 15 de julio de 2011, que suscribió otro si al contrato el 30 de septiembre de 2013, para desempeñar el cargo de supervisor de laboratorio en Orocúe, con una asignación mensual de \$3.605.000; que laboraba por turnos de 20 días de trabajo por 10 días de descanso, en jornada nocturna de 6 pm a 6 am y en jornada diurna en el mismo horario, que cambiaba la jornada luego de cada descanso; que a partir del 1º de octubre de 2013 hasta la terminación del contrato desempeñó su labor con 14 días de trabajo y 14 días de descanso, en jornada de 7 am a 7 pm; que en febrero de 2015 la empresa le anunció por escrito que cambiaría los periodos de labor de 5 días de trabajo y 2 días de descanso, que la trabajadora se negó a aceptar dicho cambio y tres meses después comunicó a su empleador que se encontraba embarazada, que fue víctima de acoso laboral, sexual y constantes cambios de turno, durante todo el contrato, el que terminó sin justa causa, vía telefónica el día 3 de febrero de 2016.

Manifiesta que el 6 de septiembre de 2015, nació su hija, con 35 semanas de gestación, se le concedió la licencia de maternidad y tomó además sus vacaciones, indica que disfrutó de la hora de lactancia vía Skype, para dar instrucciones sobre el cuidado de su hija, agrega que al concluir la licencia de maternidad, cuando se encontraba en sus días de descanso, fue notificada telefónicamente de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, a partir de esa fecha, data en la que se encontraba en periodo de lactancia.

2.- Contestación de la demanda: La demandada Canacol Energy Colombia SA, contestó con oposición a las pretensiones de la demanda; sin embargo, aceptó la existencia de la relación laboral, extremos temporales, cargo desempeñado, salario devengado, aduce que la demandante aceptó el cargo en el lugar donde desempeñaría la labor, que en todos los turnos se concedía una hora de alimentos, que durante la vigencia del contrato de trabajo y conforme al



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

RIT Canacol prohíbe el trabajo en horas extras, salvo fuerza mayor o caso fortuito, previa autorización expresa, aduce que a partir del 1º de julio de 2013, la demandante era trabajadora de manejo y confianza.

Informa que en virtud del convenio de sustitución de empleador, celebrado entre Canacol Energy SA y CNE OIL & Gas SAS, esta última sociedad absorbió expresamente la responsabilidad de la relación contractual y las demás obligaciones relacionadas con los contratos de trabajo, por lo cual, sería la llamada a responder de los hechos ocurridos a partir de 1º de agosto de 2014, expresa que la demandante al suscribir el contrato de trabajo y el otro si, aceptó el lugar de prestación de servicio, así como los turnos establecidos por su empleador.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción de las supuestas obligaciones exigibles antes del 9 de junio de 2013, no aplicabilidad de la jornada máxima legal, por ser la demandante empleada de confianza y manejo, a partir del día 1 de junio de 2013, el despido no se produjo en razón al periodo de lactancia de la demandante, inexistencia de la obligación demandada a cargo de Canacol, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones, buena fe, compensación, genérica.

3.- Mediante auto de fecha 26 de abril de 2018, se dispuso integrar el contradictorio por pasiva con la empresa CNE OIL & GAS SAS, ordenó su notificación y correr el traslado legal para que hiciera uso de su derecho de defensa.

4.- En el término de traslado la empresa CNE OIL & GAS SAS, contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, señaló que que nunca ha negado la existencia del contrato de trabajo, el cual terminó sin justa causa el 3 de febrero de 2016, con el pago de la indemnización del art. 64 del CST, agrega que la actora no gozaba de ninguna estabilidad laboral reforzada, ni existe prueba alguna referida a que la terminación del contrato de trabajo fue por discriminación en el disfrute del periodo de lactancia, que el finiquito de la relación laboral fue posterior a la licencia de maternidad.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Aceptó como ciertos el contrato de trabajo, extremos temporales, cargo y salario de la demandante, que por la operación de la empresa, en virtud del art. 165 CST, los trabajadores laboran 3 semanas con turnos máximos diarios de 8 horas y 48 horas a la semana y una semana de descanso, que dicha jornada especial no constituye trabajo suplementario, ni horas extras, que durante la relación laboral se le cancelaron todos los recargos nocturnos y a su terminación las prestaciones sociales.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, eficacia de la terminación del contrato de trabajo, prescripción, buena fe, compensación.

4.- Sentencia de primera instancia. La Jueza Segunda Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021, absolvió a la demandada de todas las suplicas de la demandada y condenó en costas a la demandante.

5.- Recurso de apelación parte demandante. Inconforme con la sentencia de primera instancia, la demandante presentó recurso de apelación, que sustentó en los siguientes términos: *“(...) debo partir inicialmente sobre lo atinente al fuero de maternidad que en nuestro sentir le fue vulnerado a mi asistida y es que el apoderado de la accionante está en desacuerdo con su sentencia si tenemos en cuenta lo referente a la protección del fuero de maternidad que le era de derecho en su momento a la señora Natalia Solano, en virtud precisamente a que no medió autorización del Ministerio de Trabajo para su despido.*

Bajo esta circunstancia tengo que remitirme a la Corte Suprema de Justicia sala laboral Magistrado Dr. Fernando Castillo Cabrera Sala Laboral la sentencia 1319 de 2018 radicado con número 51585 el 21 de marzo de 2018, frente a la interpretación errónea que de pronto hay sobre el período que se tiene de lactancia y de maternidad para poder despedir a una madre lactante y más aún en la situación. Quiero manifestar que esta sentencia en su extracto dice que con respecto a la presunción del numeral 2 del artículo 239 del código laboral bajo la cual se entiende que el despido sea afectado por motivo del embarazo o lactancia cuando ha tenido lugar en el periodo de embarazo o dentro de los 3 meses posteriores al parto, quiero ser claro, posteriores al parto, si allí miramos su señoría trayendo a colación la nueva sentencia la señora Natalia Solano fue despedida a los 5 meses luego del parto, entonces, quiero resaltar esa parte para que el tribunal estudie en cuanto a esta parte, y continuó diciendo, y sin que mediara autorización de la autoridad administrativa de trabajo la Corte entre otras en la sentencia SL 4280 de 2017 señaló, “ tal discusión sirve para dejar claro que la mentada protección obra en favor de la



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

trabajadora lactante con el objeto de garantizar la estabilidad y continuidad del vínculo laboral que le ata al empleador durante el semestre, el semestre siguiente al parto”, soy claro y repito frente a lo que trae dicha sentencia, semestre siguiente al parto de modo que no pueda afectarse su ejecución durante tal periodo por el mero estado de condición de trabajadora lactante, pues ocurrir eso el despido no puede producir ningún efecto esto es la declaración judicial de tal motivo censurable y perversa dará derecho a la trabajadora para ser restituida al mismo estado en que se hallaría si no hubiese existido el acto del despido, siguiendo así las voces del artículo 1746 colombiano.

Continua diciendo la sentencia que en tanto la presunción prevista en el numeral segundo del artículo 239 del mismo código sustantivo del trabajo tiene por objeto relevar a la trabajadora de la carga de probar que el motivo del despido efectuado en el trimestre siguiente al parto lo fue su condición o estado de lactante, con lo cual traslada al empleador la carga de probar lo que hizo soportado en una de las justas causas establecidas en el artículo 63 del código laboral, y una vez agotado en debida forma el procedimiento exigido por el artículo 240 y ibidem de forma que de no derruir el empleador la aludida presunción edificada por el legislador en beneficio de la trabajadora lactante el despido se tiene por ineficaz con las consecuencias ya señaladas, continúa diciendo, luego en el segundo trimestre posterior al parto esto sí es distinto, segundo trimestre posterior al parto, es decir, que estamos hablando del sexto al noveno mes y por efecto del uso de los periodos de descanso por lactancia permanece vigente la protección a la trabajadora lactante pero la distribución de la carga de la prueba para acreditar el móvil del despido se rige por la fórmula ecuménica del artículo 177 del código de procedimiento civil hoy código general del proceso que cambió pues el artículo vigente para la época en que se tramitaron el asunto. Ahora bien, corresponde precisar que con motivo del embarazo la ley prevé la protección laboral de estabilidad en el trabajo y también deriva del sistema de seguridad social integral para mantener los ingresos de la madre durante el tiempo que permanezca sin acudir a realizar sus labores por ese motivo, en el primer caso el que ya se ha hecho referencia el legislador imita a la facultad del empleador de terminar el contrato de trabajo de estas trabajadoras al periodo del embarazo y lactancia hasta 6 meses después del parto, término en el que se presume que la desvinculación obedece a la maternidad con la salvedad que durante los 3 primeros meses la presunción ópera en favor de la trabajadora.

Entonces continuando con esta situación, su señoría, tengo que manifestarle que inclusive en referencia a la sentencia que he citado mi asistida en audiencia explicó al despacho las circunstancias bajo las cuales fue despedida y claramente explicó el estado en que se encontraba delicado. Tenemos que la ley 1822 de 2017 de enero 4 modificó los artículos 236 y 239 el código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones, entre ellas se tiene que el artículo 236 ... quedará así ... licencias en la época del parto o incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido, toda trabajadora en embarazo tiene derecho a una licencia de 18 semanas y dice el segundo, si se tratará de un salario que no sea fijo en el caso del trabajo o a destajo por tareas sin tomar en cuenta el salario promedio. Pero quiero extraer aquí lo siguiente, en el numeral quinto de dicha ley que ya mencioné refiere la licencia maternidad para madres de niños prematuros se tendrá en cuenta la diferencia entre las fechas gestacional y el nacimiento a término los cuales serán sumados a las 18 semanas que se establecen en la



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

presente ley pero es que más adelante trae lo siguiente: licencia de maternidad preparto, la establece lo que corresponde, y dice frente a la licencia maternidad posparto de “esta licencia tendrá una duración normal de 17 semanas contadas en la fecha de parto o 16 o 18 semanas por decisión médica de acuerdo”. Entonces el artículo segundo del párrafo tercero de dicha ley dice, que el artículo del 239 del código sustantivo del trabajo quedará así artículo 239 prohibición de despidos “ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo, lactancia sin la autorización previa al ministerio de trabajo que avale una justa causa”; segundo numeral de dicho artículo, “se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia cuando éste haya tenido lugar dentro del periodo de embarazo y/o dentro de los 3 meses posteriores al parto” pero es que el numeral tercero nos dice lo siguiente las trabajadoras que trata el numeral uno de este artículo que sean despedidas sin autorización de autoridades competentes tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a 60 días de trabajo fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiera lugar dentro de su contrato de trabajo y continuando en esta situación su señoría, tenemos un concepto Ministerio de Trabajo radicado 50311, despido en periodo de lactancia, donde dice que ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia, se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia cuando ha tenido lugar dentro del periodo de embarazo o entre los 3 meses posteriores al parto, 3 meses posteriores al parto, o sea una cosa son los 3 meses del parto y luego los 3 meses ya que tiene una protección de 6 meses, que es así la protección legal que tenía fuero de maternidad no podía ser despedida en el quinto mes; continúa diciendo, cuando ha tenido lugar dentro del periodo de embarazo o dentro de los 3 posteriores o dentro de los 3 meses posteriores al parto como ve y sin la autorización de la autoridad de que trata el artículo siguiente, así las cosas señoría, también el tercero dice lo siguiente más adelante dice “las trabajadoras de que trata el numeral de este artículo que sean despedidas sin autorización de autoridad competente tienen derecho al pago” y habla de la indemnización correspondiente de la que desde ya solicito señoría debe ser pagada y reparada mi representada. Quiero aclarar lo siguiente, que el artículo 240 frente al permiso de despedir dice que para poder despedir a una trabajadora en periodo de embarazo o los 3 meses posteriores al parto así vienen todos los conceptos, no son los 3 primeros meses del parto, posteriores al parto el empleador necesita autorización del inspector de trabajo o del alcalde municipal en los lugares donde no existe aquel funcionario, entonces dice aquí, en cumplimiento de lo anterior es necesario que el empleador solicite al inspector del trabajo el permiso para poder despedir a la empleada que se encuentra en estado de embarazo o dentro de los 3 meses posteriores al parto, sustentado el requerimiento las faltas cometidas por la misma y reguladas en el artículo 62 del código sustantivo del trabajo, es decir, de una causa justa para despedirlo por lo tanto se presume que el despido fue con ocasión de la lactancia y de ser madre lactante.

Lo anteriormente radicado significa que el futuro indicado que el fuero de maternidad establecido por el legislador para las madres trabajadoras comprende el periodo de gestación y los 3 meses posteriores al parto, licencia de maternidad, a eso se refiere, pero dentro del cual se presume que el despido se ha producido por estas causas; por lo tanto, no se puede eso señoría conforme éste lo ha manifestado atribuirle a mí asistida que ella tenía que probarlo esto no lo podía hacer porque tenía la protección y el fuero de maternidad, continúa diciendo aquí en dicho



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

concepto pero durante la lactancia periodo pues ese material si bien no existe igualmente la prohibición de despedir a la trabajadora por este motivo no se contempló la presunción establecida para el despido durante el embarazo y licencia maternidad motivo por el cual le corresponderá a la trabajadora y se demostrará el despido en razón de la clase sin ninguna justa causa, pero este es posterior a los 6 meses, es decir de 6 a 9 meses, más no se refiere a los 6 primeros meses son los 3 del parto y los 3 más que tenía derecho a lactancia por eso insisto que esta sentencia que éste debe ser aceptada y debe ser revocada por el superior en atención a que se le violó el fuero de maternidad, en especial de lactancia no había asistido y por lo tanto la sentencia es revocada.

Decirle por último, la Corte Suprema utiliza la sentencia 17193 09 de julio de 2002 con ponencia de la Magistrada Isaura Vargas Díaz en los siguientes términos, que desde luego lo anterior no significa que durante los 3 meses siguientes hasta completar los 6 meses de lactancia la trabajadora quede desprotegida de su estabilidad laboral especial, lo que sucede es que en estos 3 últimos meses tampoco puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia o empero en este lapso de darle corresponde a la carga de la prueba a ella pero con la variación que hubo tiene 6 meses se refiere a los 6 meses, sin probarlo, pero después de los 6 meses pero desde el nacimiento de los 6 hasta los 9 meses, su señoría

Por último ese mismo concepto que de manera que si bien, hasta los 6 meses después del parto existe la garantía especial de protección a la estabilidad en el empleo relacionado con el embarazo, la maternidad y la lactancia y hay 2 periodos claramente limitados en la ley; el primero hasta los 3 meses posteriores al parto o sea 6 meses en total es la protección de maternidad y del fuero de maternidad que no la podían despedir, como lo pregonan nítidamente el artículo 239 el código sustantivo del trabajo y el segundo, por fuera los descansos o enfermedad por maternidad hasta los 6 meses posteriores al parto con la aclaración de que en esta segunda hipótesis, es decir, después de los 6 meses la carga de la motivación del despido se revierte tornándose exigente en el sentido de que quien afirma haber sido despedida por esa sencilla razón quien incumbe demostrarlo, pero es que la asistía no fue a quien estoy representando este recurso de alzada no fue despedida después de los 6 meses, fue dentro de los 6 meses de la protección que lo que el despacho en mi sentir con todo respeto está desconociendo señora juez, por lo tanto bajo estas circunstancias yo ruego y solicito que él juez de instancia en mi recurso de alzada al tribunal revoque su sentencia su señoría.

Igualmente quiero solicitar que en cuanto a las horas extras, su señoría, se condene, toda vez que sí quedó probado, y mi asistida así lo manifestó dentro de su declaración que trabajó 12 horas diarias y no se le pagaron sus horas extras las ocultaron, esto lo manifestó con lujo de detalles y en los desprendibles de nómina que se aportaron con la demanda no aparece el pago de las horas extras su señoría y el despacho no observó tal vez esos desprendibles donde se reflejan las horas laboradas y que nunca se liquidó el pago de horas extras dentro del periodo que mi asistida manifestó que son del 15 de julio de 2011 al 03 de febrero de 2016 que aparece a folio 27 pago nóminas, no refleja horas extras de trabajo porque trabajó 12 horas diarias, quiero dejar en claro, su señoría, que la demandante explicó la causa de terminación del contrato y la manera en que lo hicieron, que fue por teléfono, no el reconocimiento de horas extras, aunado a ella, su señoría en sentir de este recurso de alzada y de este apoderado de la



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

accionante solicito que el juzgador de instancia el tribunal condene al revocar la sentencia al pago de brazos caídos y los salarios dejados de percibir durante todo el tiempo que ha estado cesante mi asistida, aquí se desistió fue del reintegro pero no de los pagos de salarios a que tenía derecho. Cuando en la sentencia se solicita que se haga una condena una condena extra y ultra petita es porque se sobre entiende que el juez laboral y los especialistas conocen que los derechos laborales son irrenunciables y que son adquiridos y que así mismo los limita y los protege la OIT en todos sus múltiples pronunciamientos que ha hecho dicha organización y aquí no se está, es decir, así la empleada, por no conocer o haya dicho que no, no quiere decir que el derecho le desconozca los derechos adquiridos los derechos laborales son irrenunciables y por lo tanto con la revocatoria de la sentencia ante el tribunal solicito que se ordene el pago de las indemnizaciones a que haya lugar por haberla despedido dentro del fuero laboral el cual le fue vulnerado y además los años que estuvo por fuera del trabajo, el hecho de que no pida reintegro no significa que esté renunciando al pago de todos los salarios y demás acreencias laborales desde el momento del despido hasta la sentencia que ponga fin a este proceso, su señoría, por lo tanto yo le ruego respetuosamente se sirva en acceder y tener por sustentado y acceder a mi recurso y alzada para que el tribunal en sala instancia desate la situación y seguimos sostenidos en las pretensiones de la demanda, respecto de las dos accionadas muchas gracias, señora juez.”.

6.- Alegatos de conclusión.

La demandada CNE Oil & Gas S.A.S, solicita se confirme la decisión de instancia, al considerar que se encuentra ajustada a derecho, agrega que los argumentos expuestos en la apelación no son suficientes para demostrar los presupuestos de una posible condena, por ende debe mantenerse el fallo objeto de pronunciamiento.

7.- Problema (s) jurídico (s) a resolver. Con arreglo al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CPTYSS, esta sala verificará: i) quedó demostrado en el proceso que la terminación de la relación laboral sobrevino sin justa causa y en razón al periodo de lactancia de la demandante, ii) para lo cual se analizará sí la actora tenía o no fuero de maternidad y si la relación contractual terminó por un acto presuntamente discriminatorio en razón al periodo de lactancia, iii) dependiendo de lo que resulte, se revisará si hay lugar o no a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, iv) si hay lugar a no al pago de las horas extras reclamadas.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

8.- Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano la sala anuncia que la sentencia apelada será **confirmada**.

9.- Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Arts. 64, 239 del CST., 60, 61, 145 del CPTYSS, 164, 167, 221 del CGP. SL1097 – 2019 Rad. 50177.

Consideraciones

Lo primero por decir, es que en este asunto no se encuentra en discusión la existencia del contrato de trabajo entre las partes, suscrito a término indefinido con fecha de inicio 15 de julio de 2011 vigente hasta el 3 de febrero de 2016, el cual terminó por decisión unilateral y sin justa por parte del empleador, así como que operó una sustitución patronal entre Canacol Energy SA y CNE Oil & Gas SAS, a partir del 1º de agosto de 2014, razón por la cual esta última asumiría las obligaciones con los trabajadores.

Así las cosas, queda por establecerse si la terminación del contrato de trabajo ocurrió con ocasión al periodo de lactancia, dos meses posteriores al concluir la licencia de maternidad, como se aduce en la demanda y si por obvias razones, hay lugar a las condenas consecuenciales por tal hecho, o si, por el contrario, la relación laboral culminó sin motivo de discriminación alguno, como lo ponderó la juzgadora de instancia.

De cara al fuero de maternidad, nuestra Corporación de cierre ha establecido: *“(...) la Sala consideró que la protección laboral reforzada, por causa de la maternidad, trasciende en un todo el simple respeto formal de los términos instituidos en la ley por parte del empleador para acudir al despido; explicó que esta garantía de estabilidad implica, al fondo, la eliminación de la preocupación de la pérdida del empleo y de su correspondiente remuneración en la madre gestante para que, liberada de ello, se encuentre en mejor capacidad física, psíquica y emocional para proveer los cuidados necesarios al neonato en protección de un bien superior constitucionalmente, cual es, la familia.... (...) la presunción del numeral 2.º del artículo 239 del CST, bajo la cual se entiende que el despido se ha efectuado por motivo del embarazo o lactancia cuando ha tenido lugar en el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto y sin que medie autorización de la autoridad administrativa del trabajo...”* (SL1097 - 2019 Rad. 50177).



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Así mismo la jurisprudencia laboral enseña que para que opere la presunción del art. 239 del CST, necesariamente el empleador debe estar suficientemente informado del estado de gravidez de la trabajadora: *“En efecto, acerca de la necesidad del conocimiento empresarial como exigencia legal para efectos de la protección al empleo, esto es, sobre la información que oportunamente suministra la trabajadora grávida, esta Sala de la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse en la CSJ SL, 28 sep. 1998, rad. 10993, reiterada en decisiones CSJ SL, 28 oct. 2002, rad. 18493, CSJ SL, 22 feb. 2007, rad. 29016 y CSJ SL, 30 ago. 2011, rad. 40283, en la cual adocrinó: (...) La Corte Suprema en esta ocasión precisa igualmente que en verdad para esos exclusivos fines atinentes a la protección en el empleo es indispensable el conocimiento del empleador, por cualquier medio, porque la Ley no exige tarifa legal al respecto, o incluso presumirse de un embarazo realmente notorio, sin que sea menester que la empleada esté obligada a acompañar una certificación médica sobre su estado de gravidez. Si el conocimiento patronal deriva de la información que suministra la propia trabajadora de encontrarse encinta, respaldada desde luego con el hecho cierto del embarazo acreditable posteriormente con cualquier medio probatorio, ciertamente tal noticia está revestida de la presunción de buena fe y satisface el propósito normativo de asegurar el conocimiento del obligado a cumplir la protección. Dicha necesidad de conocimiento del empleador en manera alguna puede estimarse como atentatoria de la dignidad personal o como algo excesivo, sino, por el contrario, como una carga lógica y mínima, porque tiende a preservar la eficacia de la protección, la transparencia, el derecho de defensa, y halla su fundamento en la necesidad de que el empleador obligado, conociendo los hechos, tenga el deber de respetar la especial protección en el empleo que el Estado brinda a las mujeres embarazadas, ya que solamente desde el instante en que queda advertido puede operar en sana lógica la protección estatuida en los artículos 35 de la Ley 50 de 1990 y 8º del Decreto 13 de 1967. Por tanto, pugnaría contra esos principios y contra los textos legales que los desarrollan que se imponga el pago de una indemnización, o de los demás efectos pertinentes, a alguien que terminó por justa causa un contrato que en principio debía ser calificada previamente por el Inspector de Trabajo dado un estado de embarazo que el obligado a cumplir los trámites gubernamentales ignoraba. En síntesis, si la protección legal apoyada en la censurable discriminación en el empleo consiste en la presunción de despido por motivo de embarazo, es lógico que no puede predicarse tal propósito de quien termina el nexo jurídico con ignorancia del soporte del hecho presumido...”* (SL351-2021 Rad. 73770).

Aunado a ello, la Sala de Casación laboral, ha referido en lo atinente al fuero de maternidad y periodo de lactancia, en sentencia SL4057 de 2018, *“Por su parte, los artículos 240 y 241 del CST disponen que para poder despedir a una trabajadora durante el periodo de embarazo a los 3 meses siguientes al alumbramiento se requiere autorización del inspector de trabajo y por demás no produce efecto alguno el despido que el empleador comunica la trabajadora durante los periodos de gestación y lactancia de las disposiciones señaladas se infiere que el despido de una trabajadora que se materialice durante*



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

el periodo gestacional y durante los 3 meses posteriores al parto se presume discriminatorio por causa o razón del embarazo si no cuenta con la autorización del inspector de trabajo protección que está reforzada con las previsiones de los artículos 240 y 241 del CST, cuya finalidad no es otra que procurar la erradicación de los tratos arbitrarios de los empleadores por la especial condición de mujer cuando se encuentran en referido estado, así como la de “otorgar un apoyo mínimo en el ámbito laboral, durante el embarazo y el lapso que transcurre con posterioridad al parto-licencia de maternidad-, consistente en la prohibición de que la trabajadora sea despedida durante dicho interregno y, con ocasión a ello”. (CSJ SL1319-2018). al efecto se traen apartes de la sentencia referida, según la cual, es imperativo proteger a las mujeres para que no sean despedidas por razón al embarazo o del parto, conforme lo señalan las disposiciones nacionales e internacionales. ...

Ahora, con relación a la posibilidad de finalizar el contrato de trabajo con posterioridad al vencimiento de los primeros 3 meses siguientes al nacimiento, conforme las previsiones del conforme las previsiones del inciso 1º del artículo 239 del CST, la sala ha sido reiterativa en señalar que, durante el segundo trimestre ulterior al alumbramiento, permanece vigente la protección a la trabajadora lactante, lo que ocurre es que durante dicho lapso la regla sucedánea de la carga de la prueba se rige por los lineamientos generales previstos en el artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP, y, en estas condiciones, a la demandante le corresponde probar que su despido ocurrió por razón de su lactancia, pues la presunción sólo opera a favor de la trabajadora durante los 3 meses iniciales ulteriores al parto.

Lo anterior se fundamenta en la protección a la madre en estado de lactancia tiene como finalidad garantizar la estabilidad y la continuidad de la relación laboral, impidiéndole al empleador, durante los meses 4, 5 y 6, posteriores al alumbramiento, terminar el vínculo por el mero hecho de la condición de la trabajadora lactante, lo cual da lugar a la reinstalación en los mismos términos y condiciones en que se hallaba para el momento del despido. sin embargo, cuando la finalización del vínculo ópera en esos meses a la trabajadora lactante le corresponde acreditar los móviles por los que ocurrió.”.
(Negrilla extratextual).

Descendiendo al caso que concita la atención de la Sala, en el plenario se encuentra acreditado que la hija de la demandante nació el 6 de septiembre de 2015, lo que se verifica con el certificado expedido el 10 de septiembre de 2015 por el médico tratante de la actora, del siguiente tenor: “Información de la incapacidad – licencia. ...Fecha inicial: 2015-09-06. Fecha final 2015-12-19. Días otorgados 105”, evidenciándose que a fecha 3 de febrero de 2016, la actora se encontraba en el segundo trimestre después del parto. (fl. 312 del archivo 01 del expediente digital).



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Ahora, resta determinar si la demandante logró acreditar, como le correspondía, al amparo de los reiterados pronunciamientos de nuestra máxima corporación de cierre, al encontrarse en el segundo trimestre de la fecha del parto, es decir del mes 4 al 6, que el despido ocurrió por causa de su maternidad y para las fechas, periodo de lactancia.

Conforme a ello, se pasan a analizar las pruebas recaudadas, así:

Obra a folio 11, memorando de 9 de marzo de 2015, dirigido a la demandante, informando que el turno de labores seria de rotación 14 x 14, en los horarios de la jornada de trabajo serán de 7 am a 7 pm. ...y no se laborarán los días, ni en horas extras adicionales a la jornada de trabajo, salvo en los casos en que la operación así lo requiera y con la autorización previa del área solicitante.

A folio 12 certificación laboral, de cargo, tiempo de trabajo y salario vengado por la demandante, fechada 13 de octubre de 2015.

A folio 13, de fecha 27 de septiembre de 2013, comunicación dirigida a la demandante, ofreciéndole el cargo de supervisora de laboratorio, indicándole que el lugar de trabajo sería Orocue y anunciando las condiciones económicas del nuevo cargo, que significaban mejoras sustanciales.

A folio 14, de data fecha 3 marzo de 2015, recomendaciones médicas ocupacionales, que cita *“A continuación Canacol le describirá las actividades y conductas preventivas que debe llevar a cabo para cumplir las recomendaciones del médico de salud ocupacional”*, entre otro ejercicio regular, dieta libre de grasas, control de peso.

A folios 15 a 17, obra escrita de la demandante, que no se establece a quien o cuando fue remitido, en el que hace una descripción de persecución laboral, plagio de información, acoso laboral.

A folio 19, con fecha 4 de marzo de 2015, comunicación de la demandada, dirigida al demandante, *“que a partir del reintegro de su descanso usted retorne al turno de trabajo 14 x 14 manteniendo las restricciones establecidas inicialmente sobre la movilización y*



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

los trabajos que requieran esfuerzo de acuerdo con lo ya establecido como medidas preventivas. Se reitera en ninguna circunstancia se autoriza la permanencia dentro de las áreas de trabajo en periodos de descanso y estamos atentos a atender cualquier requerimiento de tipo medico que la situación requiera.”.

A folio 22, contrato de suscrito entre las partes.

A folios, 27 a 47 y 49 a 62, comprobantes de pago de nómina, así como a folio 34 liquidación final de prestaciones sociales.

A folio 48, comunicación dirigida al demandante, de fecha 18 de febrero de 2015, *“De acuerdo con la directriz recibida, le confirmo que, a partir del 18 de febrero de 2015, su turno será de 5 x 2 en jornada laboral ordinaria, laborando de lunes a viernes en horario de 7 am a 5 pm, ...”*, instrucción del emperador que conforme hechos de la demanda, no fue acatada por la demandante.

A folio 64, 67, certificación laboral, 66 comunicación de ascenso y salario.

A folio 124 a 144, reglamento interno de trabajo, en el cual en su artículo 5º, dispone la prohibición de trabajo en horas extras y aclara que, en caso de fuerza mayor o caso fortuito, de requerirlo, estas deben ser autorizadas por el empleador.

A folios 276 a 278, liquidación definitiva de prestaciones sociales, en la cual aparece el valor de la indemnización del artículo 64 del CST, por la suma de \$14.461.781, y otros conceptos, tales como cesantías, vacaciones y prima.

A folio 281, de fecha 20 de noviembre de 2015, comunicación de vacaciones, que cita, *“en respuesta a su solicitud, de manera atenta le informo que se le han concedido quince (15) días hábiles de vacaciones remuneradas. El disfrute deberá hacerlo efectivo a partir del 21/12/2015, hasta el 8/01/2016, debiéndose reintegrar a sus labores el 09/01/2016. Felices vacaciones.”.*

A folios 282 y 284 comunicación de fecha 01 de octubre de 2013, concesión de vacaciones año 2013 y 10 de julio de 2012, vacaciones año 2011 – 2012.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

A folios 285 a 288, formato de solicitud de vacaciones, diferentes periodos, suscritas por la demandante.

A folio 283, de fecha 18 de enero de 2016, comunicación de cambio de turno, *“su turno laboral pasara a ser turno rotativo de dos (2) semanas continuas de labor, con una (1) con una semana continua de descanso remunerado, tal como lo señala el memorando de la gerencia general que establece los horarios de trabajo para el campo Llanos 23.”*.

A folio 289 a 292, formularios de afiliación a EPS, Fondo de cesantías, y certificación de ARL.

A folios 293 a 311, 318 a 322, desprendibles de nómina, fl. 313 certificación laboral, fl. 315 orden para practicar examen de retiro ocupacional, fl. 316, orden para retirar cesantías definitivas del fondo, fl. 317, registro de aporte en Mi Planilla, meses de diciembre 2015 a febrero de 2016.

A folios 350 y 351, certificado de nacida viva y registro civil de la menor VLCS, nacida el 6 de septiembre de 2015, hija de la demandante.

En el interrogatorio de parte a la demandante **Natalia Solano Caballero**, aceptó haber suscrito contrato de trabajo, para desempeñar labores en Casanare, aceptó el pago de la indemnización por despido sin justa causa, pero afirma está incompleta, que le pagaron las primas, las cesantías e intereses a cesantías, que están pendientes de pago las horas extras, afirma que tomó las vacaciones durante la licencia de maternidad, aceptó haber suscrito el otrosí, para el cargo de supervisor en el municipio de Orocue, que con ambas empresas desempeño turnos diferentes, que durante el día tomaba la hora de almuerzo y durante la noche, un break para tomar el lounch, agrega que desde el 15 de julio hasta el 1º de octubre de 2013, era trabajadora con convención de Ecopetrol, en Rancho Hermoso en Yopal, Casanare, con turnos de 20 x 10, en horario de 6 am a 6 pm, que siempre le pagaron recargos nocturnos, pero no horas extras, que no descansaban nunca en el turno, estaban internos en campo, es decir que trabajaban 24 horas, dijo que el contrato terminó el 3 de febrero de 2016, sin justa causa, durante el periodo de lactancia, que al quedar embarazada, le quisieron cambiar el turno, que trabajaba 14 días y descansaba 14 días, indica



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

que comunicado el embarazo le quisieron cambiar el turno a trabajar 5 días de trabajo y 2 días de descanso, que su embarazo era de alto riesgo, por estar en campo. Reitera que la despidieron en periodo de lactancia, porque la hija nació de 35 semanas, es decir un mes anticipado, expresa cuando culminó el contrato de trabajo, ya se había reintegrado a laborar y ya había cumplido un turno. Añade que ante el estado de riesgo en el embarazo, solicitó la reubicación, sin embargo, ello no ocurrió, que la quisieron perjudicar con cambios de turnos, que ella nunca accedió y no se materializaron, que informó al gerente de CNE Oil & Gas SAS que había tomado las vacaciones durante la licencia de maternidad y que se encontraba en periodo de lactancia, aduce que se reintegró a su labor la segunda semana de enero de 2016, que la licencia de maternidad concluía, *“el 15 de noviembre de 2015 y del 15 de noviembre hasta la primera semana de enero me corrieron las vacaciones, pero porque mi jefe me dijo que tenía que tomarme las vacaciones, ...yo las solicite porque él me dijo que tenía que sumarlas, para poder ingresar y luego venia el periodo de lactancia, la niña cuando yo entre a turno a hacer el turno en enero la segunda semana de enero, mi hija tenía 4 meses, de ahí en adelante como tenía que viajar, ellos no me dejaron que yo me tomara la hora de lactancia a ninguna hora del día y tampoco en la indemnización salió ningún tema del pago del periodo de lactancia.”* (resaltado añadido), que durante la vigencia del contrato le pagaron los recargos nocturnos, pero no las horas extras y que durante el turno de 20 días vivían y comían en el campamento, trabajando 24 horas seguidas, a cualquier momento lo despertaban y lo llevaban al trabajo. (audio10, min.25 – hora1)

Se practicó Interrogatorio de parte al representante legal de ambas demandadas, **Juan Manuel Triana Leal**, quien manifestó que es cierto que le terminaron el contrato a la actora, vía telefónica el 3 de febrero de 2016, que la demandante en turno laboraba de 6 am a 6 pm, aceptó el salario de \$3.839.300. Respecto del pago de horas extras, manifestó que se acreditó su pago; que la demandante no informó del embarazo de alto riesgo, señala que no corresponde a la realidad, que (la demandante) tomara las vacaciones durante la licencia de maternidad, aceptó el cargo desempeñado por la accionante de supervisor de laboratorio y que la labor se ejecutaba por turnos, acerca de la sustitución patronal, dijo que ocurrió a partir del 1º de agosto de 2014 y las condiciones de la trabajadora se mantuvieron hasta el final del contrato.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Sobre las causas de la terminación del contrato de trabajo, *“se dio a partir del 3 de febrero de 2016 y la causal de terminación del contrato fue sin justa causa, en aplicación de la facultad prevista en el artículo 64 del CST, lo anterior se dio a que debido a la coyuntura que estaba dándose en ese momento por la caída de los precios del crudo en ese momento y la situación de la industria petrolera, la compañía tuvo que tomar decisión respecto de su planta de personal”*, como se notificó el finiquito del contrato de trabajo?, *“inicialmente se dio de manera verbal y también se notificó por escrito formalmente a la trabajadora de la terminación del contrato laboral”*, que se le pagó la indemnización por valor de \$14.461.781. Sobre la licencia de maternidad, expresa que fue comunicada por la EPS y duró entre el 6 de septiembre a 19 de diciembre de 2015, las vacaciones se le concedieron a solicitud de la demandante, entre el 21 de diciembre de 2015 al 18 enero de 2016, reintegrándose a trabajar el 19 de enero de 2016. (audio10, hora1.02 – 1.18)

El testigo **José Joaquín Yamayusa Arias**, empleado de la demandada Canacol desde mayo de 2011 y luego del proceso de sustitución patronal con CNE continuó trabajando en esa entidad; sobre los hechos de la demanda manifestó que en la compañía en el 2016 se presentaron despidos de varias personas, porque desde el 2014 empezaron a vivir una crisis económica relacionada con el desplome de la industria petrolera, lo que obligó a las empresas a tomar medidas, decisiones sobre contratos laborales y contratistas, suspender proyectos, revisar inversiones, manifiesta que en los Llanos Orientales la producción del pozo Rancho Hermoso, bajó a condiciones críticas. Sobre la demandante no recuerda conocerla, que en Rancho Hermoso debido a la crisis, disminuyó la operación, y obligó a hacer una restructuración, entre lo que cuenta el personal, que debieron ser más de 5 personas, que no tiene conocimiento sobre algún trato discriminatorio a mujeres, ni particularmente a la demandante, informa que en la estación campo labrador No. 23, en Orocué también había un laboratorio. Sobre la terminación del contrato de la demandante, refiere que por su cargo (del testigo) apoya el área legal y asesora todos los casos similares, que al momento del despido la demandante estaba en periodo de lactancia, y no tenía derecho a horas extras por ser personal de manejo y confianza. (audio10, hora1.25 – 1.42).



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

El deponente **Jhon Artur Perret Gentil Duque**, testigo con tacha de sospecha, quien fue empleado de Canacol y luego de la sustitución patronal continuó laborando en CNE, ingeniero, sobre los hechos de la demanda, reiteró lo ya dicho por el testigo anterior, en el sentido de informar que ante la caída de los precios del crudo, la demandada debió tomar decisiones, entre las cuales está el despido de la demandante, que no fue un asunto personal, que para esas fechas se despidieron 6 personas o no se renovaron contratos, que el despido fue sin justa causa, que se dio por la reestructuración, dijo que para la explotación del objeto social es normal que se programe el trabajo por turnos, describiendo los ya referidos en las documentales aportadas y que se encuentran regulados en los contratos, que no conoce ningún tipo de discriminación, ni malos tratos a la demandante, que no hay registros de eso en archivos, ni queja alguna, expresa que la demandante desempeñaba sus servicios en Orocué, en el cargo supervisor de laboratorio nivel E, que es de dirección, manejo y confianza. Que en su cargo (testigo) no tenía ninguna interacción con la accionante, que al despido de la demandante, se le dio orden de exámenes médicos de egreso, que dependía de ella hacerlos o no, manifiesta que no tuvo contacto directo con la actora, que no está seguro, que no le consta si estaba o no lactando al momento del despido, que tampoco tuvo conocimiento de un embarazo de alto riesgo. (audio10, hora1.43 – 2.08)

Despido durante el fuero materno

Revisado el caudal probatorio reseñado, procede la Sala a efectuar el análisis correspondiente al asunto planteado, en primer lugar, para verificar si se concurren los presupuestos del artículo 239 del CST.

En este caso quedó acreditado que la hija de la demandante nació el 6 de septiembre de 2015, que su licencia de maternidad transcurrió entre el 6 de septiembre de 2015 a 19 de diciembre de 2015, para un total de 105 días, posterior a ello, la actora disfrutó de sus vacaciones desde el 21 de diciembre de 2015 hasta el 8 de enero de 2016 (fl. 281 archivo 01 del expediente digital), para un total de 19 días calendario, luego entonces desde la fecha de nacimiento de la hija de la accionante hasta la data de su reintegro a laborar, sumando los días de licencia de maternidad y vacaciones, transcurrieron 124 días que, divididos



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

en 30 días cada mes, arroja 4.46 meses, de lo que se colige que a la fecha de reintegro de la demandante a sus labores, esto es, el 9 de enero de 2016, ya se había superado el primer trimestre posterior al parto y a la época de la terminación del contrato, 3 de febrero de 2016, habían transcurrido 4.8 meses desde el nacimiento de la hija de la gestora, entonces a la luz de lo que enseña nuestra máxima corporación de cierre, en sentencia SL4057 de 2018, que a su vez tomó como referente la sentencia mencionada por la parte actora como parte del sustento de la apelación sentencia SL1319 de 2018, resulta claro que si bien es cierto la protección durante el periodo de lactancia se mantiene hasta el mes sexto después del parto, también los es que se presume la discriminación hasta el tercer mes, a partir de allí, si se da el despido durante los meses cuarto, quinto o sexto, corresponde a la accionante acreditar si se trató de un acto discriminatorio, sin que en el presente asunto dicha circunstancia se haya logrado probar, como pasa a verse.

En primer lugar del interrogatorio de parte de la demandante, se confirma que cuando regresó a laborar habían transcurrido, como ya se dijo, más de cuatro meses desde el nacimiento de su hija, y pese a sus dichos, no se acreditó de modo alguno los malos tratos a que hace referencia por motivo de su embarazo, como tampoco que los cambios de turnos propuestos fueran por razón de ello o por algún tipo de persecución en su contra, por el contrario aceptó que ante el anuncio de un cambio de turno, ella no lo acató, por considerar que no le convenía, y si bien aduce que fue constreñida a tomar las vacaciones durante la licencia de maternidad o que estaba en uso de su licencia, dicha afirmación no corresponde a la realidad, dado que a la culminación de la licencia de maternidad el día 19 de diciembre de 2015 y de no haber tomado vacaciones a partir del 21 de diciembre debió reintegrarse a laborar, pero las vacaciones transcurrieron, según documental aportada, desde el 21 de diciembre de 2015, fecha para la cual ya habían pasado los 105 días de licencia concedida por la EPS, agrega que su hija fue prematura, ello en razón a las condiciones de trabajo que tuvo durante su embarazo, pero ello tampoco fue demostrado, pues no obra ninguna incapacidad dentro del expediente o documentales aportadas al proceso que así lo confirmen, ahora bien, si, en efecto se verifica de la licencia de maternidad que la menor nació de 35 semanas de gestación, “prematura”, pero



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

lo cierto es que era al médico tratante a quien le correspondía, de considerarlo, ampliar la licencia de maternidad, lo que no ocurrió.

Por lo demás en las foliaturas solo se observan documentos propios de la relación laboral, tales como ascenso y cambio de salario para mejorarlo de acuerdo al cargo, programación o comunicaciones de turnos, bajo el entendido que en el contrato de trabajo se aceptan estas condiciones y en aplicación al principio de subordinación que rige las relaciones laborales, obra un documento en el cual se leen una relación de situaciones, entre otros sobre una fuga de información, pero dicha documental no es muy clara la fecha de suscripción o a quien fue dirigida, ni su contexto, tampoco se precisó durante el debate probatorio esta circunstancia.

De la restante prueba personal recibida y del interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada, no se demuestra la ocurrencia de actos discriminatorios hacia la demandante. En específico por parte del mencionado representante legal no se logró ninguna confesión, como tampoco los testigos refirieron a esa situación, quienes lo que describieron en términos generales fueron las circunstancias de los hechos económicos por los cuales atravesaron las empresas petroleras para los años 2014, 2015 y 2016, donde decreció la productividad notoriamente y que esta fue la situación de la demandada, empleadora sustituta CNE OIL & Gas SAS, razón por la cual se habría efectuado la reestructuración de la entidad, entre la cual se debió prescindir de algunos empleados, nada más aportaron.

Por consiguiente, siendo obligación de la demandante acreditar los hechos que rodearon los presuntos actos discriminatorios de los cuales dice fue víctima, carga de la prueba que como se explicó a la luz del desarrollo jurisprudencial sobre el artículo 239 del CST y siguientes, por encontrarse en el cuarto mes, casi llegando al quinto mes posterior al parto, durante el periodo de lactancia, le incumbía demostrar, lo que no ocurrió, motivo por el cual deberá confirmarse en este aspecto la sentencia.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

De las horas extras.

El art. 159 del CST define el trabajo suplementario o de horas extras el que excede de la jornada ordinaria, y en todo caso el que supere la máxima legal.

El artículo 161 ib., establece la duración de la jornada máxima legal en 8 horas al día y 48 a la semana, y el artículo 22 de la Ley 50 de 1990 consagra el límite del trabajo suplementario, al señalar “...*En ningún caso las horas extras de trabajo, diurnas o nocturnas; podrán exceder de dos (2) horas diarias y doce (12) semanales...*”. A su vez, el artículo 166 de la norma sustantiva laboral, permite elevar el límite máximo de horas de trabajo contemplado en el artículo 161 “...*en aquellas labores que por razón de su misma naturaleza necesiten ser atendidas sin solución de continuidad, por turnos sucesivos de trabajadores, pero en tales casos las horas de trabajo no pueden exceder de cincuenta y seis (56) a la semana...*”.

En cuanto a su pago, el artículo 179 ibidem, prevé que el trabajo en domingos y festivos se remunera con un recargo del 75% sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas, y que, si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado, solo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior.

Sobre la acreditación o demostración del trabajo suplementario, así como de la labor en domingos y festivos, la jurisprudencia ha sido pacífica al determinar que quien pretende su pago debe probar el número de horas diarias laboradas, así como el de los dominicales y festivos, debiendo quedar plenamente demostrado en el proceso los siguientes supuestos: “...a) *La permanencia del trabajador en su labor, durante horas que exceden la jornada pactada o la legal.*- b) *La cantidad de horas extras laboradas debe ser determinada con exactitud en la fecha de su causación, pues no le es dable al fallador establecerlas con base en suposiciones o conjeturas.*- c) *Las horas extras deben ser ordenadas o por lo menos consentidas tácitamente por el empleador y, en ese sentido, deben estar dedicados a las labores propias del trabajo y no a cualquier tipo de actividades...*” (Sent. SL1225 de 2 de abril de 2019, Rad. 69487).

La demandante en sus pretensiones pide el pago de horas extras causadas durante toda la relación laboral, tal pedimento lo funda en el hecho que durante los turnos de 14 días de trabajo por 14 días de descanso o de 20 días



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

de labor por 10 de descanso, la jornada laboral era de 12 horas diarias y que por dormir y comer en el campamento en cualquier momento era requerida para prestar sus servicios, aunado a que el trabajo de laboratorio, afirma debía ejecutarlo 24 horas seguidas.

La entidad demandada en este tópico, dice que la empresa tenía expresamente prohibido el trabajo extra, salvo que fuera con autorización previa, en situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, lo que está consagrado en el reglamento interno de trabajo, además la demandante desempeñaba un cargo de dirección, manejo y confianza.

En este asunto no es posible tener por acreditado que la demandante haya laborado horas extras o trabajo suplementario, de una parte, se recuerda que la accionante vivía en el mismo lugar de prestación de servicios; sin que sea factible considerar que ejecutaba trabajo suplementario por el hecho ya que de ello no hay registro alguno que permita determinar cuáles fueron las horas exactas que presuntamente laboró tiempo extra, durante cuánto tiempo, en qué días, máxime si se tiene en cuenta que laboraba 14 días y descansaba 14 días o 20 días de trabajo por 10 días de descanso.

Y obviamente ante la falta de acreditación con suficiencia del trabajo realizado fuera de su jornada laboral, no le está permitido al juez, efectuar suposiciones sobre posibles horas extras laboradas, o sin pruebas contundentes, inferir que trabajó durante todo el tiempo horas extras para el extremo pasivo, ya que se reitera, la demandante aceptó que ella habitaba en el campo de exploración, sumado a que enunció de una manera genérica la pretensión de horas extras, presuntamente por todo el tiempo de la relación laboral y que su horario de trabajo, doce horas diurnas o nocturnas, pero que ella trabajaba 24 horas por tener a cargo el laboratorio, lo que se contradice con otro de los hechos de la demanda, como quedó reseñado, no existe ningún elemento de convicción que permita acceder a estos pedimentos, recordándose que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas oportuna y regularmente aportadas al proceso, carga de la prueba que le competía (Arts. 167 del CGP y 1757 del CC) cómo se indicó en precedencia y que no se cumplió; puesto que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

determinar el número probable de las horas o los días referidos –dominicales y festivos- que se estimen trabajados.

La jurisprudencia ha sido unánime en este punto, como lo enseña: *“...Pues bien, importa destacar que esta Sala ha precisado de forma pacífica y reiterada que para que el juez condene al pago de horas extras de dominicales o festivos se requiere que el demandante acredite con precisión y claridad que trabajó más de la jornada ordinaria y el número de horas adicionales en que prestó el servicio, toda vez que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable de las que estimen trabajadas (CSJ SL6738-2016 y CSJ SL7670-2017) y la reciente sentencia SL-1174 de 2022 que se puede consultar.*

Por consiguiente, obró bien la juzgadora de instancia al absolver de esta condena a la parte pasiva, dado que, revisado el material probatorio, no hay lugar a edificar condena alguna por horas extras, motivo por el cual se confirmará la decisión en este punto.

Finalmente, en la apelación alega la demandante, que se debe condenar a salarios caídos, pese a haber renunciado a la pretensión de reintegro, lo cual no es posible, pues el pago de salarios hasta que se produzca el reintegro al cargo precisamente depende de ello, de que se produzca el reintegro, lo cual no es viable si la pretensión se desistió, aunado a que, por sustracción de materia ante las resultas del proceso, no procede el estudio de ello.

Así quedan resueltos los puntos de apelación.

Costas a cargo de la parte demandante, inclúyanse como agencias en derecho de la segunda instancia la suma de un SMLMV.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

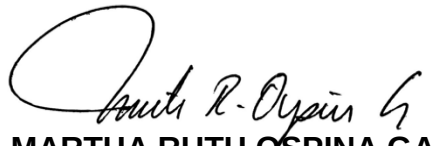
Resuelve:

Primero: Confirmar la sentencia apelada, acorde con lo aquí considerado.

Segundo: Costas a cargo de la parte demandante, inclúyanse como agencias en derecho de la segunda instancia la suma de un SMLMV.

Tercero: Devolver el expediente digital, *“al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”*, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 2° del PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Secretaría proceda de conformidad.


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado