República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR AURA EVANGELINA SALAS contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 110013105 003 2021 00301 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de julio de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, argumenta que la demandante en ningún momento fue obligada a afiliarse a fondo privado alguno, acaecimiento angular que relieva la hipótesis de que la aludida elección fue absolutamente espontánea, libre y sin verse restringido el consentimiento de la señora demandante en su desafiliación del otrora Instituto de Seguros Sociales, por lo que la plurimencionada afiliación fue plenamente válida. Así las cosas, Colpensiones anhela que la solicitud de la parte actora no tenga ningún tipo de eco para el Despacho.

DEMANDANTE, argumenta que en cuanto a la Alzada interpuesta, resulta inocua como quiera que, pasa por alto por una parte el derecho que le asiste a la demandante para obtener el traslado y por otra se olvida de la ineficacia advertida frente a la afiliación de la demandante al Fondo privado permanece latente como quiera que, la entidad administradora de Pensiones tenía el deber ineludible de obtener de la afiliada consentimiento de haber recibido información, clara, cierta y oportuna (con sentimiento informado). Lo anterior explica que, la acción para demandar estos asuntos es la de ineficacia, en la cual lo relevante es determinar si la persona, al momento de suscribir el acto de afiliación al Régimen Pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias futuras y la permanencia en el R.A.I.S.

I. ANTECEDENTES

La señora Aura Evangelina Salas Parra, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A, y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que estuvo afiliada en el año 1991 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a través del Instituto de Seguros Sociales –ISS- hoy Colpensiones. A comienzos de 1996, fue visitada en el lugar de trabajo por un asesor del fondo privado, le indicó que le convenía incorporarse al Régimen de Ahorro Individual, suscribiéndose el formulario correspondiente con Protección.

Como fundamento normativo, citó los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; el Decreto 720 de 1994; las sentencias SL radicado 31989, 31314 de 2008, SL radicado 33083 de 2011, SL radicado 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la señora Aura Evangelina Salas Parra se trasladó al Régimen Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen vinculándose con la AFP Protección S.A., pero lo que si se puede evidenciar del escrito demandatorio es la negligencia de la demandante con respecto a consultar su situación pensional. Propuso entre otras 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, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Obsérvese del formulario de vinculación que suscribió la señora Aura Evangelina Salas Parra, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación. Propuso entre otras 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, re-asesoría y convalidación de la voluntad del afiliado, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de julio de 2022, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la Demandante AURA EVANGELINA SALAS PARRA del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. realizado el 26 de julio de 2000 con efectividad a partir del 1 de septiembre de la misma anualidad, para entender vinculada a la Demandante en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la Demandante AURA EVANGELINA SALAS PARRA por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias si llegó a realizar alguna, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno y por ningún concepto por ninguna naturaleza, conforme la parte motiva de esta providencia.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros que efectúe PROTECCIÓN S.A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante AURA EVANGELINA SALAS PARRA, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.*
>
> *CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción denominada inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera propuesta por la Demandada COLPENSIONES, y la de prescripción propuesta por ambas demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.*
>
> *QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las Demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL ($1.500.000) PESOS MCTE, a cargo de cada una.*
>
> *SEXTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS. "*

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que conforme a la existencia normativa que obligaba a las AFPs a brindar una información objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, inclusive sobre las ventajas y desventajas que le acarrearía ese traslado mostrándole las mejores opciones del mercado, tal

como lo establecía el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, naturalmente se debía presentar un cuadro comparativo frente a las características de los dos regímenes pensionales, adicionalmente, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 también consagraba las obligaciones de los promotores ya que deberían suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación. Posición que fue ratificada por la doctrina del precedente vertical, allí se aclaró específicamente en cabeza de quién se encontraba la carga de la prueba cuando se iban a decidir esta clase de asuntos, también que la firma del formulario de manera libre y voluntaria no es suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Lo anterior conforme a las sentencias SL radicado 31989 de 2008, SL radicado 54814 de 2018, SL radicado 68838 de 2019, SL radicado 88485 de 2021, SL 090 de 2022, SL 102 de 2022.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en cuanto a la condena en costas pues únicamente se ha impedido, o por lo menos no se ha recibido, la solicitud del traslado del RAIS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante por una imposibilidad legal conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, esto es, debido a la fecha de su nacimiento y a la proximidad de cumplir el requisito para acceder a una eventual pensión de vejez. Igualmente, como se pudo constatar en el interrogatorio de parte de la demandante, en ningún momento se pudo ver que se haya restringido su consentimiento a la desafiliación al Instituto de Seguros Sociales e igualmente su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por más de 20 años ratificó su permanencia en Protección S.A. Así mismo, atendiendo a lo que nos indica el Código Civil en sus artículos 1041, 1502, 1508, 1604 y 1750 en lo atinente a los objetos o causas lícitas que pudieran versar en las nulidades de los actos jurídicos, aquí la demandante tenía 4 años para iniciar la acción rescisoria que llevaría la cancelación de su traslado de régimen, al no hacerlo ratificó su decisión de permanencia en el RAIS.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir*

del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A, el 1 de septiembre de 2000.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre

dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de julio de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALBERTO UMBARILA MADERO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCION S.A.**

RADICADO: 11001 3105 003 2019 00266 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentado por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de junio de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, en virtud de que no se aportan pruebas suficientes que acrediten la existencia de un vicio en el consentimiento, pues de su interrogatorio de parte se puede determinar que el motivo por el cual se siente engañado en el RAIS es por no habérsele indicado adecuadamente las características del régimen pensional y el valor al cual ascendería su mesada pensional en uno u otro régimen.

Finalmente, el apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia proferida, al considerar que dentro del curso procesal se evidenció

que no existió por parte de la AFP prueba documental, a través de la cual se demostrara el suministro de la información, en donde se estableciera los comparativos de las eventuales mesadas pensionales entre uno y otro régimen.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la nulidad de los traslados que realizó a Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías el traslado al Régimen de Prima Medias con Prestación Definida de las cotizaciones, rendimientos y gastos de administración de la cuenta de ahorro individual y por consiguiente ordenar a Colpensiones acepta su afiliación.

Sustento sus pretensiones, en que prestó sus servicios como empleado del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y otros; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales y a CAJANAL: que se trasladó a la AFP Protección S.A y posteriormente a Colfondos S.A., sin que los asesores de dicho fondo le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1,5,6, 13,23, 29, 53, 209 de la Constitución Política, los artículos 11, 12 y 271 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 665 de 1997; el Decreto 3486 de 1982, la Circular 016 de la Superintendencia Financiera, la Ley 1328 de 2009, la Ley 1480 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que las pretensiones se encuentran dirigida en contra de terceros ajenos a la AFP, sin que pueda pronunciarse al respecto. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y la genérica.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se allanó la prosperidad de las pretensiones, señaló que una vez revisada la documentación interna en la AFP se concluye que no se cuenta con soportes

de la asesoría o de una proyección de calculo actuarial efectuado al accionante, que pueda demostrar que se asesoró brindándole la información que le permitiera establecer comparativo entre ambos regímenes.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que la afiliación que realizó el actor a Protección se efectuó de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, así como también el traslado horizontal a la AFP Colfondos. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad SUI GENERIS, sugerir juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

El Juzgado de primer grado por medio de auto el 10 de marzo de 2022, resolvió temer por no constada por parte de Protección S.A.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 15 de junio de 2022, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del Demandante ALBERTO UMBARILA MADERO del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad y los traslados efectuados con posterioridad de forma horizontal a otros fondos, para entender vinculado al Demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del Demandante ALBERTO UMBARILA MADERO por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros sin descuento alguno y por ningún concepto, conforme la parte motiva de esta providencia.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros que efectúe PROTECCIÓNS. A., para que proceda a activar la afiliación del Demandante ALBERTO UMBARILA MADERO, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo*

actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción denominada PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA FINANCIERO propuesta por la Demandada COLPENSIONES, y la de PRESCRIPCIÓN propuesta por ambas demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las Demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL ($1.200.000) PESOS MCTE.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS."

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que es un deber de las administradoras de pensiones el deber información al momento en que un trabajador decide vincularse a otro régimen pensional así que su omisión genera la ineficacia del traslado, así como también es deber de las administradoras la información que comprende todas las etapas del proceso de afiliación el deber de proporcionar una información completa y comprensible, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información se requiere un consentimiento informado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al señalar que los presupuestos no se dieron para declarar la ineficacia del traslado, toda vez que el actor permaneció en el Régimen de Ahorro Individual por bastante tiempo ratificando de esta manera su decisión libre y voluntaria de abandonar el Régimen de Prima Media, así como también atendiendo los presupuestos del 1741 del Código Civil el demandante tenia 4 años para indicar la nulidad en un contrato, sin embargo no lo hizo, situación que generó se ratificara la permanencia en el RAIS.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones

expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener

una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Así las cosas, de los medios probatorios arrimados al plenario no se observa documento alguno que demuestre que el fondo de pensiones suministro al posible afiliado las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017, Sl 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas*

sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A., a devolver los gastos de administración a ordenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de junio de 2022, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración al afiliado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR OSCAR GUALBERTO BELTRAN BELTRAN contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 110013105 009 2020 00407 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Porvenir S.A., Protección S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de junio de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, argumenta que debe tenerse en cuenta que el demandante se encuentra incurso en la prohibición contemplada en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, ello se deduce en lo expuesto por nuestro Máximo Órgano de Cierre, en la sentencia C-1024 de 2004, que analizó su exequibilidad. De acuerdo con que la demanda va encaminada a la nulidad de traslado con retorno al régimen de prima media, en el cual se debe oponer a que se declare dicha nulidad del traslado efectuado por el demandante el

30 de noviembre de 1999, de acuerdo con que el ciudadano lleva afiliado al régimen de ahorro individual en un tiempo de 20 años y que en ese lapso no se evidenció el querer retornar al ISS hoy Colpensiones, por el contrario, el 27 de febrero de 2003 se trasladó a la AFP Protección donde se encuentra actualmente afiliado.

PORVENIR S.A., argumenta que el traslado efectuado por el demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, con la AFP Protección y la AFP Porvenir, tal y como se expresa en los formularios de afiliación suscritos con estas administradoras, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

I. ANTECEDENTES

El señor Oscar Gualberto Beltrán Beltrán, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., Protección S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a las AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que inició sus aportes a pensión a través del régimen de prima media con prestación definida. Que suscribió formulario de afiliación a la AFP Porvenir el 30 de noviembre de 1999. Posteriormente, suscribió formulario de afiliación a la AFP Santander hoy Protección el 27 de febrero de 2003.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Política; artículo 90 y ss. de la Ley 100 de 1993; artículo 4 del Decreto 656 de 1994; sentencias SL radicado 31989 de 2008, radicado 31314 de 2011, radicado 46292 de 2014, radicado 46292 de 2017, radicado 54814 de 2018, radicado 68852 de 2019, radicado 663459 de 2019, radicado 664382 de 2019, radicado 664381 de 2019, radicado 675290 de 2019, radicado 679634 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Que se trasladó de una AFP a otra AFP dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen; y los traslados realizados entre una y otra AFP del RAIS solo ratifica su voluntad de pertenecer a dicho régimen. Propuso entre otras 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.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación del demandante a Protección S.A. es plenamente válida y eficaz, ya que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna, a través de la firma de los formularios de vinculación que cumplen todos los requisitos contenidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 por lo que no existe razón para que Colpensiones deba recibir al demandante como afiliado al RPM, ya que no existió vicio del consentimiento ni causal alguna de ineficacia en la configuración de este acto jurídico. Propuso entre otras 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena

fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la vinculación de régimen pensional efectuado por el demandante al fondo administrado por Porvenir S.A. es completamente válida, por cuanto esta brindó la información pertinente y necesaria, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las AFP al momento en que se materializó el traslado de régimen pensional). Y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del mismo Decreto, razón por la cual sería improcedente declarar ineficaz este acto jurídico, debido a que este, se dio en el marco de las condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento. Propuso entre otras 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.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de junio de 2022, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante, Oscar Gualberto Beltrán Beltrán, entre el RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A., el 30 de noviembre de 1999.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Oscar Gualberto Beltrán Beltrán, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir 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 del demandante Oscar Gualberto Beltrán Beltrán,*

durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Protección y Porvenir S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.

SEXTO: COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaria. Fíjense como agencias en derecho la sumas correspondientes a un (1) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SÉPTIMO: Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS."

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que conforme a lo explicado por la Corte Suprema de Justicia el deber de información a cargo de las AFP ha sido exigible desde su creación y ha identificado tres etapas conforme a las normas que regulan el tema y que abarcan de 1993 al 2009, del 2009 al 2014 y del 2014 en adelante, es así que en la sentencia SL 2209 de 2021 sobre la primera etapa, menciona que la expresión "libre y voluntaria" del literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 necesariamente presupone conocimiento lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de ésta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación respecto a que dentro del proceso se vislumbra que el demandante se afilió de manera libre y voluntaria y, así mismo, su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es válido, conforme a ello no habría lugar de efectuar el retorno al Régimen de Prima Media en virtud a que éste se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 en la que se señala que una persona no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse, y en ese orden de ideas, el actor cuando solicitó

su traslado al Régimen de Prima Media ya estaba próximo o contaba con la edad para pensionarse, en ese mismo sentido se negó dicha solicitud. A fin de no ir en contravía de lo estipulado en el artículo 48 de la Constitución Política, esto es la Sostenibilidad Financiera del sistema de seguridad social, si bien se estarían recibiendo los aportes realizados en toda su historia laboral en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a futuro para Colpensiones no es viable reconocer y pagar una prestación a una persona que se encuentra en igualdad de condición de las personas que sí han contribuido al Régimen de Prima Media y se estaría dejando en desventaja a estas personas que sí lo han hecho. Debe tenerse en cuenta que no es solo deber de información de los Fondos Privados sino que también es deber del afiliado de informarse cuáles son las ventajas, beneficios, condiciones y características que puede ofrecerle cada régimen y esto se encuentra estipulado en la Ley 100 de 1993, que dicha normatividad es de alcance Nacional.

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación en lo concerniente a que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia del acto jurídico por medio del cual el demandante se trasladó de régimen pensional, la decisión tomada por el actor se hizo de forma consciente, espontánea y sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo pues antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, suscribió el formulario de solitud de vinculación el cual cumplía con los requisitos de la Ley y fueron aprobados por la entonces Superintendencia Bancaria. En cumplimiento de las exigencias legales, al suscribirse la solicitud de vinculación, manifestó de forma expresa que lo hacía de forma libre y voluntaria, en este orden de ideas, esta expresión no puede ser considerada como un mero requisito formal o como una manifestación vacía sin ninguna consecuencia, en cuanto corresponde a una exigencia normativa que, por lo tanto, no puede ser ignorada como tampoco pueden ser desconocidos los efectos que lo producen. Por otra parte, en lo que respecta a los gastos de administración, al declararse la ineficacia se acepta que se produjeron unos rendimientos financieros, que fueron generados por la actividad profesional de la AFP, no se acepta que

estos rendimientos fueron producidos como consecuencia de la actividad de Porvenir S.A.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación parcial en lo concerniente a devolver las cuotas de administración puesto que la comisión de administración es un descuento autorizado en la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, con modificación posterior del artículo 7 de la Ley 797 de 2003, estas normas no solo facultan sino que ordenan a los Fondos de Pensiones a realizar el descuento del 3% sobre el 16% del aporte realizado por los afiliados, el mencionado descuento se utilizada para cubrir los gastos de administración y pagar las primas del seguro previsional, es un descuento que opera en ambos regímenes, los aportes del demandante obtuvieron ganancias significativas frente a lo ahorrado y ello permite inferir que fueron debidamente administrados por Protección S.A. De igual manera, se está constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones porque está recibiendo una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez del demandante y, adicionalmente, se le está trasladando los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual fruto de la buena gestión de administración desplegado por los Fondos aquí demandados, lo que faculta incluso a Protección S.A. a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor, de manera analógica, la aplicación del artículo 1746 del Código Civil dispone cuáles son los efectos de la declaratoria de nulidad y si se aplicara esta norma a las consecuencias a la declaratoria de ineficacia, al tenor literal de lo contemplado en ella y de manera expresa, tendríamos las siguientes consecuencias: las cosas volverían a su estado anterior y en estricto sentido entenderíamos que el contrato de afiliación nunca existió, consecuentemente con esto Protección S.A. no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual para que se entendiera que no existieron unos rendimientos y de ahí que no exista el cobro de una comisión de administración. Tampoco es legal que se pretenda que los Fondos de Pensiones reconozcan de su propio patrimonio lo que por concepto de póliza de seguro previsional se ha girado a un tercero de buena fe, que nada tuvo que ver en este proceso, ya que este porcentaje fue sufragado a una compañía aseguradora que cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza en caso que el demandante hubiese sufrido los siniestros de invalidez y sobrevivencia.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de

los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A, el 30 de noviembre de 1999.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes

pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017, Sl 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de junio de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **SARA CECILIA LASPRILLA MOLINARES** contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDADA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

RADICADO: 110013105 011 2019 00429 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de agosto de 2022.

En esta instancia se recibieron los alegatos presentados por los apoderados de la parte demandante, Colpensiones y AFP Porvenir S.A.

El apoderado de la señora SARA CECILIA LASPRILLA MOLINARES, solicitando se revise la decisión más no se revoque, por cuando brilla por su ausencia la regla que tienen las administradoras de fondo de pensiones del deber, compromiso u obligación en forma directa dado el ejercicio de su ubicada posición dominante, preeminente o fuerte en la relación jurídica de consumo financiero frente al potencial afiliado de suministrarle una información y pedagogía pensional amplia, real, cualificado, clara, cierta, completa, comprensible, de fácil entendimiento, actualizada y oportuna de las características, condiciones, beneficios, acceso, aspectos positivos, diferencias, riesgos, debilidades, desventajas, inconvenientes, consecuencias negativas, desfavorables, repercusiones, incidencias, impactos e implicaciones que emanaría, traería, acarrearía, comportaría, reportaría o representaría la movilización del régimen pensional.

COLPENSIONES, manifestó que no es dable acceder a las pretensiones impetradas por la parte demandante, por cinco razones, i) la demandante se encuentra en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; ii) no obra prueba que demuestre que se está en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil; iii) la carga de la prueba a de recaer sobre el demandante y no la demandada; iv) el deber de información de los fondos privados

cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado y asentimiento del afiliado respecto del traslado; y v) la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

PORVENIR S.A., argumentó que tanto el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como su afiliación a la AFP Porvenir S.A., se realizó de manera libre, voluntaria y consciente. Lo anterior, tal y como se lee del formulario de afiliación y cuya forma pre impresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de libertad de afiliación. Así mismo, no se tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que por parte de la AFP Porvenir S.A se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían.

I. ANTECEDENTES

La señora Sara Cecilia Lasprilla Molinares, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A., y posteriormente a Porvenir S.A. por vicios del consentimiento del error y el dolo, así como por la falta flagrante del cumplimiento del deber de información, asesoría y buen consejo y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, todos los aportes junto con sus rendimientos, se ordene el

estudio de la pensión de vejez por parte de Colpensiones y se condene al pago de perjuicios morales de conformidad con lo establecido en el art. 16 de la Ley 446 de 1998, costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en que se encontraba afiliada en el RPMPD desde febrero de 1990 hasta abril de 1996. Que se trasladó a Colfondos S.A., en junio de 1997, advirtiendo, que en los traslados y posteriormente, a la AFP Porvenir S.A. en septiembre de 2016, señaló que, en los traslados efectuados, no fue asesorada o informada por dichas entidades, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno u otro régimen; y por último, que presento solicitudes antes las demandadas para retornar al régimen de prima media.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 14, 15 y 35 del Decreto 656 de 1994, la Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003 y la Ley 80 de 2003; así mismo como fundamento jurisprudencial trajo a colación la sentencia de la CSJ del 22 de noviembre de 2011 dentro del proceso No. 33083, MP Elsy del Pilar Cuello Calderón.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, contesto la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda presentadas en su contra, por cuanto arguyó que la afiliación de la demandante se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones que administrara sus aportes,

siendo el RAIS su elección. Precisó que los asesores comerciales le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado, características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y RPM, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. Propuso como excepciones de mérito las que denomino: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo, prescripción, compensación y pago, inexistencia de perjuicios y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que cumplió con el deber de información que le era oponible para la fecha en que se realizó el traslado horizontal. Propuso entre otras 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.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del proceso no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con

probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ratificación por actos de relacionamiento, 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.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de agosto de 2022, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO.** - **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación celebrada entre la ciudadana **Sara Cecilia Lasprilla Molinares** y la **AFP Colfondos S.A.** y el posterior a la **AFP Porvenir S.A.**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.*
>
> ***SEGUNDO. – DECLARAR** que para todos los efectos legales la demandante **Sara Cecilia Lasprilla Molinares** nunca se trasladó al régimen de ahorro con solidaridad por tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida de conformidad en lo expuesto en las consideraciones de la presente sentencia.*
>
> ***TERCERO. – CONDENAR** a la **AFP Porvenir S.A.** trasladar los haberes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la ciudadana **Sara Cecilia Lasprilla Molinares** tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieran causado, en los términos del artículo 1746 del Condigo Civil, los gastos de administración, las primas que se hayan cancelado por seguros provisionales, de conformidad con los argumentos expuestos en el presente proveído.*
>
> ***CUARTO. – DECLARAR** no probado los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva del presente proveído.*
>
> ***QUINTO. – ABSOLVER** de las demás pretensiones a las demandadas de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEXTO. – DECLARAR** que una vez se haya realizado el traslado ordenado a través de esta sentencia del total de haberes a **Colpensiones** y se radique la*

solicitud de DMPS reconocimiento pensional, por parte de ***Colpensiones*** *se estudie el reconocimiento de dicha prestación pensional por el riesgo de vejez.*

SEPTIMO. - CONSULTAR *esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en favor de la demandada* ***Colpensiones****, en el evento de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia."*

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con el artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993 se estableció el derecho que le asiste a los trabajadores y demás afiliados del Sistema de Seguridad Social de escoger libremente algún u otro régimen; así mismo, señaló que, de conformidad con la doctrina adoptada por nuestro órgano de cierre, entre ellas SL4964-2018 y SL1452-2019, se ha sostenido el deber de las administradoras del buen consejo, sin que dentro de las diligencias se hubiese acreditado ello; de igual forma, analizó que la carga de la prueba en el asunto se le atribuía a las administradoras.

Respecto de los perjuicios morales, expuso, que no quedo acreditado ningún perjuicio, sin que, por tanto, pueda cuantificarse, por lo que no había lugar a acceder a dicha petición.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, en cuanto manifestó que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado de la parte actora, como quiera que esa decisión fue realizada por la demandante de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo con los requisitos exigidos en la ley para la época, precisó, que la obligación del buen Consejo, la doble asesoría e incluso la de desincentivar la afiliación, eran

obligaciones que surgieron con posterioridad al traslado del caso; expuso que conforme con la manifestado por la actora en interrogatorio de parte, si recibió la información sobre las características generales y las ventajas que ofrecía el régimen de ahorro individual con solidaridad y que dicha información había sido completamente clara y comprensible; así mismo, recurrió la decisión de primera instancia, en la medida que no se ordene el retorno de los cobros de cuota de administración al tener una destinación específica y sin que se encuentren en el patrimonio de la entidad

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, para que se revoque la decisión, la considerar que el traslado de régimen genera un detrimentos al sistema de seguridad social por cuanto el financiamiento del mismo pone en riesgo la garantía del derecho a la atención de los demás afiliados; sin embargo, solicitó, que en caso de mantenerse la decisión se remitan todos los recurso de la cuenta, fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes provisionales y gastos de administración, puntualizó, que se mantenga la absolución de la condena en costas y agencias en derecho.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente

de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A., el 16 de mayo de 1997, y certificado afiliación del posterior traslado a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 1 de octubre de 2007, apreciándose que en la primera de ellas se registra en uno de los acápites denominados voluntad del afiliado lo siguiente: "*HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESNTIAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS AQUÍ REPORTADOS SON VERDADEROS.*"

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones Colfondos S.A., el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar

que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, frente al reconocimiento y pago de la prestación de vejez solicitada, una vez se acredite la desafiliación del sistema, debe tenerse presente que dicha solicitud solo podrá ser objeto de estudio cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de información y recursos del demandante en el régimen de prima media. Lo anterior, como quiera que si bien dentro del Régimen de Prima Media se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez, el retiro del sistema previamente por parte del afiliado, en el caso bajo estudio, es indispensable que los aportes del afiliado se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral dentro del régimen de prima media, a efectos que COLPENSIONES pueda analizar su situación particular con datos concretos, y de manera precisa,

sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARLOS ERNESTO GUTIERREZ GARAVITO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 110013105 013 2020 00392 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de septiembre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

DEMANDANTE, argumenta que los demandados no pudieron acreditar de manera alguna que hubiese recibido una asesoría clara idónea y oportuna, como lo establece la Corte en la Sentencia 4462 de 2019, ya que son ellos, las AFPs quienes tienen el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, en lo relacionado al cambio de régimen pensional en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento del deber de informar y el deber del buen consejo, que debían

cumplir las administradoras de fondos de pensiones al momento de traslados del régimen pensional.

I. ANTECEDENTES

El señor Carlos Ernesto Gutiérrez Garavito, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., Protección S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que desde el 08 de junio de 1989 hasta el 28 de febrero de 1995 estuvo afiliado al Instituto del Seguro Social. Que para principios de 1995, los asesores de la AFP Davivir hoy Protección S.A., le presentaron el nuevo régimen pensional asegurándole que el Instituto del Seguro Social se acabaría, perdiendo lo cotizado hasta el momento.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución Política de Colombia; bloque de constitucionalidad; los artículos 1502, 1508, 1513, 1514, 1515, 1602, 1603 del Código Civil; sentencias SL radicado 31989 de 2008, SL radicado 33083 de 2011, SL radicado 46292 de 2014, SL radicado 68852 de 2019; fallo de tutela con radicado No. 11001310502820130062 6-01, MP Dr. Fernando Castillo Cadena, proferida el 18 de julio de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Obsérvese del formulario de vinculación que el demandante firmó que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección. Propuso entre otras 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 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 derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes a Porvenir, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, innominada o genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dando estricta aplicación a lo previsto en la Ley 797 de 2003 en su artículo 2 literal e), en relación con que el afiliado no podría trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, conforme la copia de la cédula de ciudadanía del demandante, su situación se encuadra en la mencionada restricción, como quiera que nació el 4 de junio de 1961 y elevó la respectiva reclamación ante esta administradora el 24 de enero de 2020, esto es cuando ya contaba con 58 años, siendo entonces imposible recibirlo en el RPM. Propuso entre otras las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación que se dio de manera libre, espontanea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 1013876 –documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de septiembre de 2022, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere el demandante Carlos Ernesto Gutiérrez Garavito, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.438.755 a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A., el 17 de junio de 1995 y de contera las demás afiliaciones horizontales realizadas por este, por las razones antes expuestas.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, por lo expuesto precedentemente.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliado al demandante, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la Historia Laboral de la demandante, conforme a lo antes visto.*
>
> *CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.*
>
> *QUINTO: CONDENAR en costas a Protección S.A. Inclúyanse como agencias en derecho en esta instancia en favor del demandante la suma de un millón de pesos ($1.000.000).*
>
> *SEXTO: Por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante, remítase el proceso al TSBTA en grado jurisdiccional de consulta en su favor.*
>
> *SÉPTIMO: Por secretaria, previo a remitir el expediente a la Sala laboral de H. Tribunal Superior de Bogotá, remítase copia de la grabación, del acta y de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021 y dejar constancia de ello en el expediente."*

Como fundamento de su decisión, argumentó que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establecen las características del sistema general de pensiones, consagrando que la selección de cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, que para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado. La H. Corte Suprema de Justicia ha hecho hincapié en que la manifestación de querer trasladarse del régimen de prima media al RAIS debe estar precedida de la libertad informada, como se consideró en las sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1637 de 2022. Igualmente ha indicado que, las Administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional que le impone, entre otros deberes, el de la brindar la debida información en todas las etapas.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en cuanto a que no es un mero capricho de la entidad el no querer recibirlo puesto que el demandante se encuentra inmerso en una prohibición establecida por la Ley 797 de 2003 en su artículo 2 pues ya finiquitó el tiempo que tenía el demandante para realizar el traslado, el demandante tiene 61 años de edad por lo que supera el tiempo establecido. Adicionalmente, dentro del interrogatorio de parte no son claras las intenciones que le asisten al demandante para querer trasladarse, pues si bien es cierto es una motivación económica, no tiene claro cuáles son los diferentes requisitos ni cuál de los dos regímenes le puede convenir más para que sea pensionado. Debemos tener en cuenta que para el año 1995, cuando se realizó este traslado, dicha carga de la prueba no estaba sustentada en que se debía informar totalmente y en ese momento lo que se hacía era a través del formulario de afiliación y el demandante manifiesta que no realiza la lectura del formulario en donde allí se encontraban especificados los requisitos, ventajas y desventajas de uno y otro régimen. Los dineros que se encuentran en la cuenta del demandante no satisfacen y no sustentan a cabalidad la pensión que pueda llegar a recibir el demandante si llegase a cumplir con todos los requisitos para que Colpensiones lo llegara a pensionar, esto afectaría gravemente el principio de sostenibilidad financiera y este se sustenta en la garantía del derecho fundamental de pensión de los colombianos que realiza Colpensiones de manera sostenida e indefinida y un fallo en este sentido quebranta notablemente este principio.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la

Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible

afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Davivir, el 17 de junio de 1995.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que

las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A., a devolver los gastos de administración a ordenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de septiembre de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Protección S.A., a devolver los gastos de administración a ordenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el demandante en dicho fondo

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JORGE ALBARRACÍN SILVA contra **ACERIAS PAZ DEL RIO S.A. y COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 014 2019 00422 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de noviembre de 2021.

En esta instancia se recibieron los alegatos remitidos por el demandante Jorge Albarracín Silva, por la demandada Acerías Paz del Rio S.A. y por la llamada como litis consorte necesario Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

El apoderado del señor *Jorge Albarracín Silva,* solicitó revocar en su totalidad la sentencia de la *a quo*, por cuanto ratificó los hechos y pretensiones de la demanda, haciendo énfasis en que en el presente asunto lo que se discute es si Acerías Paz del Río S.A. cumplió o no con el deber legal establecido en el artículo 5° del Acuerdo 029 de 1985, es decir, si Acerías Paz del Rio S.A., al momento de la expedición de dicha normativa, dejó sin validez o eficacia jurídica acuerdos convencionales o conciliatorios anteriores, y dio, plena aplicación y en sentido estricto de la normativa mencionada, acción que conllevaría a una compartibilidad o compatibilidad pensional, dependiendo del acto o la omisión dejada de hacer por la empleadora, lo anterior, en la medida en que precisó que durante los 10 años en que se realizó el pago de la pensión convencional, cada mes, le realizaron al actor el descuento del pago de la cotización en seguridad social en pensiones cuando este debía estar a cargo única y exclusivamente a cargo del empleador.

Por su parte, *Acerías Paz del Río S.A.*, pidió se confirme en su integridad la decisión tomada por la Juez Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, resaltó que al demandante se le otorgó una pensión de vejez de carácter compartido desde el 1° de enero de 1986 en virtud del artículo 73 de la convención

colectiva de trabajo vigente (1984-1985), y dado que en la misma se informó su carácter de temporal.

A su turno, *Colpensiones* peticionó, igualmente, se confirme la decisión proferida en primera instancia, mencionó que quedó acreditado en el curso del proceso que los descuentos realizados por el empleador ACERÍAS PAZ DEL RÍO con destino a cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte fueron pactados por el empleador y el demandante en el documento denominado ACUERDO DE RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN, contra el cual no existe prueba de que el actor hubiere realizado oposición alguna, adicionalmente precisó que la pensión fue reconocida el 1 de enero de 1986 por el empleador, esto es, con posterioridad al 17 de octubre de 1985.

I. ANTECEDENTES

El demandante señor Jorge Albarracín Silva pretendió que se declarara que ACERIAS PAZ DEL RIO S.A. no cumplió con la obligación legal plasmada en el artículo 5° del Acuerdo 029 de 1985, de ser ella y solo ella, la que debía cotizar para la eventual pensión de vejez compartida, se declarara que la pensión de jubilación pagada por ACERIAS PAZ DEL RIO S.A. es compatible con la pensión de vejez pagada por COLPENSIONES, en consecuencia, se condenara a ACERIAS PAZ DEL RIO S.A. a reanudar el pago de la pensión de jubilación convencional a partir del 31 de enero de 2016 y se continúe pagando la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES, al pago de las mesadas adicionales y al pago

de los intereses moratorios de conformidad con el artículo 141 de la ley 100 del 93 o subsidiariamente de esta última, al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales debidamente indexadas, costas y agencias en derecho.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ACERIAS PAZ DEL RIO S.A., contestó la demanda, como se observa a folios 255 a 272, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto refirió que la pensión de jubilación convencional reconocida al demandante a partir del 1 de enero de 1986 por la empresa, conforme a las normas legales vigentes y la reiterada y pacifica jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es compartible con la pensión de vejez que le otorgó el ISS el 15 de agosto de 1996 con retroactividad al 31 de enero del mismo año, por lo que la pensión reconocida por su prohijada, única y exclusivamente sería sumida por ella hasta que le fuera reconocida la pensión de vejez por parte del ISS (hoy Colpensiones), y sólo en el evento de ser superior el valor de la mesada pensional convencional o extralegal a la legal, debía, como en efecto ocurrió, asumir el valor de dicha diferencia.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia de obligaciones de Acerías Paz del Río S.A. a favor del demandante, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

COLPENSIONES, al contestar la demanda conforme se evidencia en medio magnético (fl. 281), de igual forma, se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra, por cuanto indicó que en el documento denominado "ACUERDO DE RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN ESPECIAL DE JUBILACIÓN", el demandante aceptó que le fuera descontada de su mesada pensional la cotización correspondiente al Sistema General de Pensiones y en la medida en que la citada pensión tiene el carácter de compartida.

Propuso como excepciones falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y la genérica o innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de noviembre de 2021, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> ***"PRIMERO. - ABSOLVER** a la demandada **ACERIAS PAZ DEL RIO S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por el demandante señor **JORGE ALBARRACÍN SILVA,** conforme lo aquí considerado.*
>
> ***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."*

Como fundamento de su decisión, se argumentó que no era objeto de controversia que el demandante prestó sus servicios a la empresa Acerías Paz del Río S.A. por un tiempo superior a 22 años, que presento renuncia al cargo que desempeñaba a partir del 30 de diciembre de 1985 y que se le reconoció la pensión de jubilación establecida en el artículo 73 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente 1984-1985 a partir del 1 de enero de 1986 en cuantía de $36.608,72.

Además, advirtió que tampoco se discutió durante el juicio que el señor Albarracín Silva, cotizó para el seguro de invalidez, vejez y muerte durante el tiempo que laboró para la demandada y posteriormente, cuando ya se encontraba pensionado, en el período de enero de 1967 a enero de 1996.

Explicó, que por la fecha a partir de la cual se le reconoció la pensión de jubilación al demandante (1 de enero de 1986), esta se causó en vigencia del Acuerdo 029 de 1986, aprobada por el Decreto 2879 del mismo año, que posteriormente, la cual se repitió en los mismos términos en el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, preceptivas que dispusieron que los empleadores inscritos en el seguro que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente continuarán cotizando para los seguros de invalidez vejez y muerte hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en ese momento el Instituto procederá a cumplir dicha pensión siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor si lo

hubiere entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrón, de lo que concluyó, que resultaba incuestionable la procedencia de la compatibilidad de las pensiones que ostenten la naturaleza a que hace mención la norma con la de vejez reconocida por el Seguro Social a partir de 17 de octubre del 85 fecha en la cual entró en vigencia el mencionado acuerdo 029 de ese año, no obstante, indicó que el Acuerdo 029 de 1985 dispuso una excepción para mantener la figura de la compatibilidad supeditando el beneficio a que en la respectiva convención colectiva de trabajo, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes se hubiera dispuesto expresamente que las pensiones en esos actos reconocidas no serían compatibles con la del Seguro Social.

Bajo ese análisis normativo, señaló que en el presente caso no se configuraba la citada excepción, pues evidenció que en el texto de la norma convencional se hallaba que el derecho a la misma estaba condicionado a que pudiera compartirse con la del Seguro Social, de manera que el actor había conocido desde un comienzo que la prestación extralegal no tenía carácter vitalicio, sino que tenía vocación de compartida y que se efectuarían los descuentos correspondientes de cotización.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado del demandante señor Jorge Albarracín Silva, solicitó la revocatoria de la sentencia en el sentido de que se debería acceder a las pretensiones de su representado en cuanto a la compatibilidad de la pensión de jubilación con la

pensión de vejez, lo cual sustentó al reiterar que en el presente caso no se estaba discutiendo la legalidad de la compatibilidad funcional ni la legalidad de la compartibilidad pensional de Acerías Paz del Río S.A., sino si ésta cumplió con el deber legal establecido en el artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985, al ser única y exclusivamente quien debía continuar cotizando el aporte de Seguridad Social en pensiones sin realizar descuento alguno al pensionado convencional y que al no haberlo efectuado de tal manera, si Acerías Paz del Río S.A. al momento de la expedición de dicha normativa dejó sin validez su eficacia jurídica a acuerdos convencionales o conciliatorios anteriores y en sentido estricto de la normativa mencionada, lo que conllevaría una compatibilidad o compartibilidad pensional dependiendo de la omisión dejada de hacer por la sociedad empleadora.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si al señor JOSE ALBARRACIN SILVA se le debe o no reanudar la pensión de jubilación a partir del 1 de enero de 1986, bajo el entendido de la compatibilidad o compartibilidad de la pensión de la pensión de jubilación reconocida por Acerías Paz del Río S.A. y la de vejez que reconoció Colpensiones.

Así las cosas, lo primero que debe señalarse es que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) Al Señor JORGE ALBARRACIN SILVA, le fue reconocida pensión

de jubilación establecida en el artículo 73 de la Convención Colectiva de Trabajo por parte de ACERIAS PAZ DEL RIO S.A., a partir del 31 de diciembre de 1985, en cuantía inicial de $36.608,72 (fl. 244 y 245); ii) posteriormente, se le reconoció al mismo pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, a partir del 31 de enero de 1996, en cuantía inicial de $186.476, mediante Resolución No. 005025 de 1996 (fl. 22), y iii) que a favor del actor se registraron aportes a seguridad social en pensión como trabajador del 01/01/1967 al 30/12/1985 y como jubilado del 01/09/1989 al 30/01/1996 (fl. 9).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la reanudación de la pensión de jubilación convencional que se solicita dependerá del carácter de compatibilidad o no que tengan las pensiones de jubilación y vejez que le fueron reconocidas al Señor ALBARRACÍN SILVA, se procederá a iniciar con dicho análisis, señalándose en primer lugar, que de acuerdo con el contenido del documento denominado "ACUERDO DE RECONOCIMIENTO DE LA PENSION ESPECIAL DE JUBILACIÓN" expedido el 19 de octubre de 1985, la pensión de jubilación se reconoció al Señor ALBARRACÍN SILVA en consideración a que prestó más de 20 años de servicio a la empresa y sin consideración de la edad, conforme con el artículo 73 de la Convención Colectiva de Trabajo (84/85), la cual regula la pensión de jubilación de los trabajadores de la sociedad Acerías Paz del Río S.A., de lo que se colige que se trata de una pensión *extra legal*.

Teniendo claro lo anterior, debe precisarse que la Ley 90 de 1946, introdujó un sistema de subrogación de riesgos de origen legal, que antes estaba radicado en cabeza de los empleadores y en la medida en que se fue ampliando la cobertura a las distintas zonas de la geografía Colombiana, las mismas serían asumidas por el Instituto de Seguros Sociales, pues eso es lo que desprende del artículo 72 de la citada norma, en cuanto dispuso "*las prestaciones reglamentadas en esta Ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso...*".

Precisamente, una de esas prestaciones consagradas en la Ley a favor de los trabajadores era la denominada pensión de jubilación, que inicialmente se contempló en la Ley 6 de 1945 y que posteriormente tuvo modificaciones introducidas entre otros en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, la cual era susceptible de ser subrogada por el Instituto de Seguros Sociales a través de la pensión de vejez, cuando dicha entidad de seguridad social reconociera la misma y en consecuencia empiece a cancelarla por haber reunido el afiliado los requisitos para el efecto.

Lo anterior por cuanto, en atención a lo dispuesto en los propios reglamentos del ISS, esto es los artículos 60 y 61 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966 en concordancia con el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 28769 del mismo año y artículo 16

del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de 1990, respecto de trabajadores afiliados al Instituto de Seguros Sociales y que llevaren 10 años o más de servicio cuando dicha entidad de seguridad social comenzó a asumir el riesgo de vejez, se tenía que quien debía asumir el pago de la pensión era el empleador hasta tanto se cumpliera con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, siendo cuenta de aquel únicamente el mayor valor si lo hubiere.

De lo que resulta claro que de vieja data se venía aplicando la compartibilidad de las pensiones legales, contemplándose como una especie de mecanismo de transición para la asunción de los riesgos que venían siendo reconocidos directamente por el empleador hacia la subrogación definitiva en la entidad de seguridad social.

Ahora bien, tratándose de *pensiones extralegales*, tales como pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente la ley reguló la forma como operaría la subrogación gradual de las mismas a partir del *17 de octubre de 1985*, según se desprende de lo señalado en el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de ese año, y posteriormente el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, preceptos normativos que previeron la compartibilidad de esas pensiones con el consecuente pago del mayor valor, si a ello hubiere lugar, a cargo de la entidad, situación reiterada en el Acuerdo 049 de 1990, sin embargo contempló, como *excepción* a dicha regla, que las pensiones extralegales reconocidas antes del 17 de octubre de 1985, sólo podían ser

compartidas si así se acordó entre las partes, bien sea en convención colectiva, pacto colectivo, o por laudo arbitral. Así lo encontró en la sentencia CSJ SL 30 jun. 2014, rad. 44568.

En ese orden de ideas, no le asiste razón al apoderado del Señor ALBARRACÍN SILVA, al señalar que por no haberse asumido el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensión única y exclusivamente por la empresa empleadora, esta era compatible con la de vejez reconocida por COLPENSIONES, pues como ya quedó evidenciado la pensión de jubilación reconocida al demandante era de orden legal y su compartibilidad estaba definida de tiempo atrás desde los propios reglamentos del ISS que datan de 1966, en esa medida es que se advierte, adicionalmente, que se indicó en el acuerdo de reconocimiento pensional en el numeral 3 lo siguiente: "*En cuanto al trabajador deba seguir cotizando al ISS admite que cotice, es su obligación así como de la Empresa, pagar esas cuotas. Al retiro de la Empresa el trabajador beneficiado con una pensión o con derecho a beneficiarse de ella apenas cumpla la edad requerida, deberá continuar cotizando a beneficiarse de ella apenas cumpla la edad requerida, deberá continuar cotizando al Seguro Social para el riesgo de vejez a efecto de que una vez el Instituto otorgue la pensión, la Empresa solamente queda obligada a cubrir el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto (pensión básica más acrecimientos) y la que le venía siendo pagada por la Empresa*", y luego en el literal b) del numeral 6 se enuncio como uno de los compromisos del trabajadores *"Continuar cotizando al ISS; previa deducción de las correspondientes cuotas que por medio de este documento*

expresamente autoriza a Acerías para descontar de su pensión mensual de jubilación".

Así las cosas, y al ser clara la compartibilidad de las pensiones también resultaba evidente que ACERIAS PAZ DEL RIO S.A., solo estaba obligada al pago del mayor valor que se generara entre la pensión de jubilación reconocida por ésta y la que le reconociera COLPENSIONES al señor ALBARRACÍN SILVA.

Frente al tema de la compartibilidad pensional conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia No. SL4555-2020 radicación No. 82422, en donde se indicó:

> *"Al respecto, importa a la Sala recordar que ante el hecho de que los trabajadores puedan ser beneficiarios de pensiones extralegales y simultáneamente acreedores de la pensión de vejez, la ley reguló la forma como a partir del 17 de octubre de 1985, operaría la subrogación de la obligación. Así, expidió el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de ese año, y posteriormente el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en el que dispuso:*
>
> > ***Artículo 18. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES.*** *Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado. (Subraya la Sala).*
> >
> > ***PARÁGRAFO.*** *Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.*
>
> *De manera tal que, el querer del legislador fue evitar que para el cubrimiento de un mismo riesgo surgieran concomitantemente dos prestaciones, una de orden extra legal y otra legal, a menos que de manera expresa las partes pactaran lo contrario; y a efecto de asegurarle al titular de éstas el pago de la de mayor cuantía, estableció que si el valor de la que le cancelaba directamente el empleador era superior a la que le reconocería el ISS, mantendría el disfrute de la primera, para lo cual el empresario quedaba*

obligado a suministrar solamente la diferencia, fenómeno que se conoce como compartibilidad pensional.

La mencionada figura ha sido analizada en diferentes oportunidades por esta Sala de la Corte, verbigracia, en la sentencia SL13996-2014, reiterada recientemente en la SL2963-2018, en la cual se dijo:

(...)

Así las cosas, la referida compartibilidad pensional no tiene por objeto que el pensionado cuente con dos pensiones, pues, precisamente, el efecto de la mentada figura es el de la asunción del riesgo por el ente de seguridad social con el aseguramiento de que no se deteriore el valor de la pensión que se venía percibiendo, por manera que, la prestación de vejez que otorga la entidad administradora será la que se mantendrá como pensión en toda su identidad; de consiguiente, no por el hecho de que el empleador conserve a su cargo el pago del mayor valor que resultare en favor del pensionado, esa diferencia o mayor valor tendrá las connotaciones de una prestación pensional distinta a la de vejez asumida por el ente de seguridad social, por cuanto que ese valor debe mantenerse por no poderse afectar el quantum o monto del derecho pensional subrogado, habida consideración de que ese parámetro pensional queda cobijado por el concepto de derecho adquirido.

(...)"

De acuerdo con el precedente citado, se tiene que tratándose de pensiones compartidas no puede entenderse que surgen dos pensiones diferentes, una extralegal y otra legal, sino que para asegurar el pago de la mayor cuantía en que se hubiese reconocido la pensión por el empleador se determinó que si el valor que cancelaba directamente el empleador era superior a la que reconociera el ISS, el empleador quedaría obligado a reconocer la diferencia y que en todo caso la pensión de vejez que otorga la entidad administradora sería la que se mantendría en toda su identidad de manera que aunque el empleador conservará el pago del mayor valor no tendría la connotación de una prestación pensional distinta a la de vejez reconocida.

Así las cosas, se concluye que no se equivocó la falladora de primera instancia cuando concluyó que la pensión de jubilación convencional que ACERIAS PAZ DEL RIO S.A. reconoció al actor es compartible (y por lo tanto incompatible)

con la pensión de vejez concedida por COLPENSIONES, y en tal sentido se procederá a confirmar la decisión.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de noviembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo del demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de $200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

LORENZO TORRES RUSSY

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GILMA RODRIGUEZ BERNAL contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 018 2019 00036 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Colfondos S.A., Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de marzo de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, argumenta que es improcedente la solicitud de traslado entre regímenes pensionales, pues el demandante se encuentra a menos de 10 años para cumplir el requisito de edad mínima exigida por la Ley, por lo que sería contrario a Ley permitir el traslado solicitado; por anterior, no está en la obligación la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones realizar el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media.

PORVENIR S.A., argumenta que la afiliación de la demandante se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de afiliación de afiliación suscrito con la AFP Porvenir S.A., cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento una documental que, debidamente estructurada, figura en los términos de ley como medio probatorio de la libertad y el consentimiento informado de la parte demandante al momento de realizar su afiliación con la AFP.

I. ANTECEDENTES

La señora Gilma Rodríguez Bernal, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a las AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que en enero de 1989 se afilió libre y voluntariamente al régimen de prima media administrado en su momento por el ISS y hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones. Que en junio de 1999 sin asesoría alguna Colfondos S.A. logró la firma de la actora en un formulario de afiliación a dicho fondo privado.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 335 de la Constitución Política; artículos 1603, 1746 del Código Civil; Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios; los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; sentencias SL radicaciones 31989 y 31314 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la demandante al RAIS, como quiera que la misma se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Los asesores comerciales de Colfondos

brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. Propuso entre otras 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

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación en el RAIS, fue libre y voluntaria, por lo que no es procedente la declaratoria de nulidad; así mismo, la actora no muestra error, fuerza o dolo que coartara su libre escogencia de régimen pensional, o durante la afiliación al RAIS. Así mismo, se opuso a que se condene de acuerdo a las facultades Extra y Ultra petita consagradas en el Artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a favor de la demandante. Propuso entre otras las excepciones del error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa, innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante al momento de suscribir el formulario de vinculación con la AFP, recibió información de manera clara, oportuna, suficiente y cierta, por parte de Horizonte hoy Porvenir S.A., quien en cumplimiento de su deber de información y actuando dentro de la buena fe objetiva, presentó a cabalidad el funcionamiento, condiciones y características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el cual existe paralelamente con el Régimen de

Prima Media con Prestación Definida, ambos ampliamente difundidos desde su entrada en vigencia y a los cuales se le atribuye la carga de informar a sus afiliados todas las características y condiciones propias de su sistema de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las AFP al momento en que se materializó el traslado de régimen pensional). Propuso entre otras 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.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 09 de marzo de 2022, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora GILMA RODRÍGUEZ BERNAL identificada con C.C. 51.840.983, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÌAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS suscrita el 21 de junio de 1994 con efectividad a partir del 1 de julio de 1994 y el 27 de mayo de 1999,con efectividad el 01 de julio de 1999, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora GILMA RODRÍGUEZ BERNAL, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GILMA RODRÍGUEZ BERNAL identificada con C.C. 51.840.983, obligatoriamente deberá 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.*
>
> *CUARTO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GILMA RODRÍGUEZ BERNAL, identificada con C.C. 51.840.983,obligatoriamente devolver 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."*

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES reactivar la afiliación de la señora GILMA RODRÍGUEZ BERNAL, identificada con cedula de ciudadanía 51.840.093 y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y PORVENIR S.A.

SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforma a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas.

SÉPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en favor de la parte demandante en la suma de $1.500.000cada una, sin costas para la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

OCTAVO: Con la presente providencia procede el recurso de apelación.

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política se establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio el cual debe ser garantizado a todos los habitantes; el artículo 90 y ss. de la Ley 100 de 1993 hace referencia a las entidades administradoras, el objeto por el que fueron creadas y los requisitos para su actuar; el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en el que hace referencia que la selección de cualquiera de los regímenes pensionales es libre y voluntaria por parte del afiliado que para el efecto manifestará por escrito su elección al momento de vinculación o traslado; el artículo 1746 del Código Civil consagra los efectos de la declaratoria de nulidad, dando a las partes el derecho para que sean retrotraídas las cosas al mismo estado inicial; la sentencia SL 31989 de 2008, la cual indicó que "las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible (…)"; la sentencia SL 33083 de 2011 ratifica que es deber de las entidades administradoras suministrar información suficiente, completa y clara sobre la implicación del traslado. Así mimo, la sentencia SL 1421 de 2019 indicó que la decisión debe ser de manera libre y voluntaria, que la afiliación o el traslado no se limita a la simple manifestación de la voluntad sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación al considerar que la misma Ley 100 de 1993 ha contemplado en su artículo 20

el descuento de los gastos de administración y sumas de seguro previsional con el propósito de amparar las prestaciones de los afiliados de las contingencias de la invalidez y la muerte, en consecuencia, la AFP descontó, en virtud de esta disposición legal, estos rubros, adquirió una serie de seguros previsionales que pagó en su debido momento a las aseguradoras correspondientes y con esta condena se está desconociendo de manera directa la correcta y profesional gestión que realizó Porvenir S.A. durante los años que permaneció afiliada la señora demandante. Debe tenerse en cuenta, lo establecido por el Decreto 3995 del año 2008, en su artículo 7, disposición normativa que ha contemplado las restituciones mutuas que se deban realizar al momento que se ordene un traslado de recursos al tenor de la ineficacia o nulidad de traslado de un régimen pensional y es que si bien la figura jurídica de la ineficacia es tener que el negocio jurídico no se realizó y las cosas se deben retrotraer a su estado inicial, es claro que la señora demandante no estuvo afiliada a esta administradora y en consecuencia no es dable tampoco condenar a Horizonte hoy Porvenir S.A. al reintegro de estas sumas.

El apoderado de COLFONDOS S.A., interpuso recurso de apelación parcial en el sentido que los gastos de administración que ha descontado Colfondos S.A. desde el momento que ha tenido a su cargo la administración de la cuenta pensional de la demandante son gastos claramente autorizados por la Ley, de esos gastos Colfondos S.A. recibe la compensación económica por la gestión y administración que realiza y que trae como principal consecuencia la generación de rendimientos financieros en la cuenta pensional de la demandante, adicionalmente, de esos gastos de administración se descuenta un porcentaje para el pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, de forma que durante el tiempo de vinculación de la demandante a Colfondos S.A ha tenido la cobertura necesaria frente a tales siniestros que de haberse presentado hubiese permitido que las aseguradoras contratadas realizaran el pago de la suma adicional requerida para el reconocimiento y pago de la prestación económica a que hubiese lugar. Ahora bien, respecto a la indexación de tales conceptos considera que es una sanción que no tiene un fundamento legal y, si en gracia de discusión, lo que se pretende salva guardar es el principio de sostenibilidad financiera o lo atinente a la depreciación monetaria, estos están salvaguardados cuando a Colfondos S.A. se le ordena

trasladar los rendimientos financieros causados de la cuenta pensional, de esa manera, se compensaría la pérdida del poder adquisitivo de cualquier concepto que haya descontado Colfondos S.A y se compensa el principio de sostenibilidad financiera.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en el sentido que de acuerdo a lo manifestado por el fallador de primera instancia existe que la aplicación de la carga dinámica de las pruebas fue de manera genérica y no en partes iguales, teniendo en cuenta que de conformidad a lo preceptuado en el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, respecto a la carga de la prueba, es evidente que quien afirma un hecho debe soportar probatoriamente la carga de ello, de tal forma que la regla general es que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho, la carga de la prueba dentro de un proceso exige la igualdad de las partes con parámetro de buena fe y lealtad procesal, que como se ha evidenciado dentro del proceso, la parte demandante demostró su voluntad, su consentimiento, no fue presionada ni coaccionada para permanecer en el régimen de ahorro individual, situación que no solo fue determinada en el interrogatorio de parte sino que en la voluntad de hacer traslados horizontales entre los fondos privados. Hasta el año 2016, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y el 2016 no exigen nada diferente al documento de afiliación. Ahora bien, no se puede tener como parte débil e indefensa a los afiliados, la misma Ley previo unos deberes en cabeza de ellos con el fin que por interés propio se asesoren de la mejor manera, no toda la responsabilidad cae sobre los fondos de pensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la

Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte S.A, el 21 de junio de 1994.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017, Sl 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 09 de marzo de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MERCEDES DE FATIMA VALDIVIESO BOLAÑOS contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 018 2020 00110 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de la parte Porvenir S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de marzo de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que la AFP garantizó a los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, en virtud de que la Circular 019 de 1998, dispuso como única exigencia para materializar y que se produjera efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, era que se expresara la voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia proferida en primera instancia al considerar que en el proceso quedo demostrado que la actora no recibió la información necesaria, ni la asesoría suficiente para escoger el régimen pensional, en consecuencia, resaltó que se violaron los preceptos jurisprudenciales establecidos por la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, COLPENSIONES manifestó que en el presente asunto el traslado que realizó la actora goza de plena validez, así como también que el referido traslado es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuanto le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, por tal motivo concluyó que resulta improcedente la ineficacia del traslado.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare que tiene derecho al traslado de régimen pensional al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP Porvenir S.A., a trasladarla a Colpensiones, en virtud de que radicó solicitud de traslado cuando le faltaban más de 10 años para cumplir con la edad de pensionarse.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 10 de junio de 1968; que realizó sus aportes a pensión en el Instituto de los Seguros Sociales; que en el año 2005 se trasladó de régimen pensional a la AFP Porvenir S.A, sin recibir la información necesaria para tomar una decisión; que solicitó a las demandadas el tramite necesario para ser trasladada al RPM; no obstante, las peticiones no fueron atendidas de manera favorable.

Como fundamento normativo, citó la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia respecto del traslado de régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que la vinculación con Porvenir S.A., en el año 1996, fue producto de su voluntad y de la decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que carecen de fundamentos legales. Propuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, genérica, no precedencia al pago de costas.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 31 de marzo de 2022, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora MERCEDES DE FÁTIMA VALDIVIESO BOLAÑOS identificada con C.C. No. 34.552.308, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por FONDO DE PENSIONES Y CESANTÌAS PORVENIR S.A. suscrita el 23 de mayo de 1996 con efectividad a partir del 1 de julio de 1999, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora MERCEDES DE FÁTIMA VALDIVIESO BOLAÑOS identificada con C.C. No. 34.552.308, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la FONDO DE PENSIONES Y CESANTÌAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MERCEDES DE FÁTIMA VALDIVIESO BOLAÑOS identificada con C.C. No. 34.552.308, 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.*

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES reactivar la afiliación de la señora MERCEDES DE FÁTIMA VALDIVIESO BOLAÑOS identificada con C.C. No. 34.552.308, y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros del FONDO DE PENSIONES Y CESANTÌAS PORVENIR S.A.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas FONDO DE PENSIONES Y CESANTÌAS PORVENIR S.A., y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES en favor de la parte demandante en la suma de $1.500. 000.oo pesos cada una.

SÉPTIMO: Con la presente providencia procede el recurso de apelación y en caso de no se apelada, procede el grado jurisdiccional de consulta, al ser condenada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES en costas."

Como fundamento de su decisión, señaló que se tiene una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia, que ha indicado que las Administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad; el engaño no solo se produce en lo que se afirma sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, de esta manera la diligencia debida se traduce en el traslado de la carga de la prueba del actor a la demandada.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, al considerar que no se acredito la existencia de algún vicio en el consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probo algunas de las causales previstas en el articulo 1741 del Código Civil, lo que conlleva a que el acto jurídico celebrado sea eficaz; por lo que no es factible declarar la ineficacia comoquiera que no se probo la ausencia de los elementos esenciales del acto jurídico, así como tampoco la nulidad absoluta, toda vez que no se probo la incapacidad absoluta de la parte actora; toda vez se encuentra que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera, libre y voluntaria, documento que se presume autentico de conformidad a los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso; por otro lado señaló que

frente a los gastos de administración, los mismos se causan en ambos regímenes pensionales, así como también que la AFP realizó una administración de los recursos que le fueron encomendados, por lo que precisó que dichos emolumentos no pueden ser trasladados, toda vez que se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, en consecuencia solicitó se estudie el fenómeno de la prescripción.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al señalar que en la etapa probatoria no se logra evidenciar omisión de la información necesaria para concluir que el traslado realizado era la opción mas viable para los intereses futuros de conformidad con el salvamento de voto de la sentencia SL 1459 del 2019; resaltó que las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio del consentimiento, así como tampoco se puede alegar la ignorancia de la ley para justificar una decisión tomada por mas de 20 años, por ultimó concluyo que activar la afiliación de la actora se encontraría en un detrimento el Régimen de Prima Media teniendo en cuenta que la demandante no guardo fidelidad al sistema.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta

procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 23 de mayo de 1996.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 31 de marzo de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALEXANDRA ESPITIA ROJAS contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 020 2021 00601 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Porvenir S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de julio de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, argumenta que la demandante no está amparada por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, debió hacerlo cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, pero como la solicitud la elevo cuando cumplía con la edad y por ende ya no puede regresar al régimen administrado por Colpensiones.

PORVENIR, argumenta que la afiliación de la actora se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como fue admitido expresamente en el interrogatorio de parte y como se lee del formulario de afiliación suscrito con la AFP Porvenir cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento una documental que, debidamente estructurada, figura en los términos de ley como medio probatorio de la libertad y el consentimiento informado de la parte demandante al momento de realizar su afiliación con la AFP.

I. ANTECEDENTES

La señora Alexandra Espitia Rojas, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a las AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que estuvo afiliada al entonces ISS hoy Colpensiones entre el 10 de junio de 1993 y el 31 de agosto de 1998. A partir del 1 de septiembre de 1998, atendió solicitud de traslado del Régimen de Prima Media administrado por el entonces ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 13, 48, 53 y 365 de la Constitución Política; los artículos 1, 2, 6, 12, 13, 16, 33, 34, 59, 60, 64, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; Decreto 656 de 1994; los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994; artículos 1 y 2 del Decreto 2071 de 2015 y demás normas concordantes y complementarias; sentencias T-427 de 2010, T- 343 de 2014, SL 31989 y 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL 12136 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se

le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante. Propuso entre otras las excepciones de 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.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante es completamente válido, por cuanto se le brindó la información pertinente y necesaria, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las AFP al momento en que se materializó el traslado de régimen pensional). Y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del mismo Decreto razón por la cual sería improcedente declarar ineficaz este acto jurídico, debido a que este, se dio en el marco de las condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento. Propuso entre otras 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.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de julio de 2022, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora ALEXANDRA ESPITIA*

ROJAS, el día 21 DE JULIO DE 1998, al FONDO PENSIONAL PORVENIR S.A., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la administradora AFP PORVENIR S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado señora ALEXANDRA ESPITIA ROJAS, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A., a favor de la parte actora. Tásense por Secretaria incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

QUINTO: ABSOLVER a todas las demandadas de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra, conforme a lo expuestos.

SEXTO: CONSULTAR en caso de no ser apelada la anterior decisión, con el superior por haber sido adversa a los intereses de COLPENSIONES, entidad administradora de pensiones de la cual es garante la Nación."

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que conforme a los artículos 271, 272 y el literal b de la Ley 100 de 1993; artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993; artículos 167 del Código General del Proceso; artículo 1604 del Código Civil y principalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias radicados 31989, 31314 de 2008, radicado 33803 de 2011, radicado 46292 de 2014, SL 19477 de 2017, SL 4964, SL 1688 de 2018, SL 373 de 2021, la Corte ha indicado que cuando no hay libertad informada la consecuencia jurídica es la ineficacia del traslado de régimen.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación en cuanto a que en el presente asunto no se configuran los presupuestos fácticos para que proceda la declaratoria de ineficacia porque respecto del deber de información cabe señalar que, el traslado efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual se realizó de manera libre y voluntaria tal como se expresa en el formulario de afiliación cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la Ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación, así mismo considera que el Juzgador no tuvo en cuenta que el traslado de la demandante tiene completa

validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían a Porvenir en materia de información esto conforme a los parámetros establecidos en las normas de dicha época, las cuales no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia. La demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al Régimen de Prima Media, no obstante, decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria. Por último, lo que corresponde a las agencias en derecho debe aclararse que desestimada la ineficacia del traslado de régimen pensional y la devolución de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, consecuencialmente, se deberá desestimar la condena en costas

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación teniendo en cuenta que de trasladarse la demandante al Régimen de Prima Media está afectando el mandato legal de prohibición de traslado, la señora ha permanecido de manera libre y voluntaria en el Régimen de Ahorro Individual el cual seleccionó a voluntad, adicional que la AFP cumplió con los requisitos exigidos al momento de la firma del formulario de afiliación. Ahora bien, en cuanto a la sostenibilidad financiera del sistema se está generando una afectación porque las personas que no han cotizado a Colpensiones y hoy en día pretenden ser pensionados por esta entidad y al tener más pensionados que incluso afiliados se está afectando dicha sostenibilidad financiera al sistema que funciona con dineros públicos y se está poniendo el interés particular por encima del general. En cuanto a la condena en costas hay que tener en cuenta que en este proceso Colpensiones es un tercero y no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen de la demandante, es más, Colpensiones es un afectado puesto que se sustrajo a un afiliado, y condenar a la entidad en costas sería más gravosa su situación. Solicita aplicar la jurisprudencia en cuanto al tema de los gastos de administración ya que éstos también deberían ser devueltos porque al declarar el acto jurídico ineficaz es como si dicho negocio nunca hubiera existido, por tanto, procede la devolución de dichos gastos.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o

ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el*

cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A, el 21 de julio de 1998.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando que la devolución incluye los gastos de administración, en la medida en que la consulta se surte a favor de Colpensiones.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO DE LA SENTENCIA CONSULTA proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de julio de 2022, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración al afiliado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DORIS MAYRU PACHON DIAZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

RADICADO: 110013105 021 2019 00509 02

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Colfondos S.A., Skandia S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de junio de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, argumenta que la afiliación no es un acto unilateral, por el contrario, conlleva a generar obligaciones para ambas partes contratantes, no solo, en este caso para la AFP, artículo 1495 del CC. En ese sentido el Decreto 2241 del 2010, por el cual se reglamenta El Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones, establece los principios (art 2) entre los cuales, se encuentra la debida

diligencia, transparencia de la información. En su artículo 4 establece los deberes del consumidor financiero.

DEMANDANTE, argumenta que esta verificado que la codemandada Davivir- Hoy Protección S.A. no logró acreditar que el traslado de régimen efectuado el 15 de julio de 1997, por la accionante, 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, y los artículos 13 literal B y 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que acertó el fallador de primera instancia en dar aplicación al precedente jurisprudencial construido de manera pacífica, unificada y reiterada por la honorable corte suprema de justicia sala de casación laboral.

I. ANTECEDENTES

La señora Doris Mayru Pachón Díaz, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Old Mutual S.A, Colfondos S.A., Protección S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió al Sistema General de Pensiones con el ISS – Hoy Colpensiones el día 16 de mayo de 1990. El día 1 de septiembre de 1997 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a Davivir – Hoy Protección S.A., cabe advertir 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.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 4, 13, 23, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo; los artículos 6, 25 y siguientes, 74 y 145 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social; la Ley 1149 de 2007; el Decreto 2351 de 1965; los artículos 63, 65 y 70 del Código de Procedimiento Civil; los artículos 11, 13, 21, 31, 36, 50, 114, 141, 142, 271, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993; el

Decreto 692 de 1994; el Decreto 656 de 1994; el Decreto 720 de 1994; sentencias SL radicado 33083 de 2011, radicado 46292 de 2014, radicado 31989 de 2008, SL 17595 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 y SL 361 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la señora Doris Mayru Pachón Díaz al momento de afiliarse con Skandia, venia de estar afiliada en Colfondos (año 2008) por ende ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas características y demás componentes de éste régimen pensional, por lo tanto la asesoría en el caso particular, se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por el demandante. Propuso entre otras las excepciones de 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.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el acto de afiliación se realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada. Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de aportes.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante. Propuso entre otras las excepciones de 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.

Mediante auto, el día 1 de julio de 2020, el Juzgado declaró por no contestada la demanda por parte de Colfondos S.A.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de junio de 2022, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por la señora DORIS MAYRU PACHÓN DIAZ al régimen de ahorro individual el 15 de Julio de 1997, con fecha de efectividad a partir del 1º de julio septiembre del mismo año por intermedio de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A, quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a COLFONDOS S.A, Y SKANDIA S.A; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante –aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados*

para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recurso y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora DORIS MAYRU PACHÓN DIAZ. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora DORIS MAYRU PACHÓN DIAZ por concepto de garantía de pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLFONDOS, PROTECCIÓN, SKANDIA S.A y COLPENSIONES, conforme a lo motivado.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A y a favor del demandante. Liquídense por Secretaria, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.700.000. Sin costas en contra de COLFONDOS, SKANDIA S.A. y COLPENSIONES.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES."

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con la amplia y consolidada línea jurisprudencial, que claramente constituye precedente judicial, se ha establecido por parte de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1452 de 2019, SL 3349 de 2021, SL 1023 y SL 1500 de 2022, entre otras, el deber de información donde se ha empezado por señalar que el traslado de régimen pensional debe ser libre y voluntario, contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debe estar precedida para entenderse que hay libertad y voluntariedad en ese traslado de una información suficiente. Dicha información no puede ser libre y voluntaria cuando se desconoce la incidencia que pueda tener la decisión que se está tomando frente a sus derechos prestacionales.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación ya que, no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la parte actora y las AFPs a las cuales estuvo afiliada. La declaratoria de ineficacia no puede favorecer ni perjudicar a Colpensiones, además se está afectando el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, el cual fue establecido en el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005. Con esta condena se afecta gravemente la reserva pensional. Solicita a la AFP que incumplió el deber legal de información pague a Colpensiones los perjuicios económicos que ella está generando, lo anterior en virtud de la teoría del daño del derecho civil "quien causa un daño es quien debe repararlo" y no un tercero en el acto jurídico como lo es Colpensiones.

La apoderada de SKANDIA S.A., interpuso recurso de apelación parcial teniendo en cuenta que existen normas como lo es el Decreto 3925 de 2008 artículo 7, que señala de manera taxativa cuáles son esos emolumentos que deben trasladarse en el evento que se proceda a un traslado de recursos entre régimen de ahorro individual al régimen de prima media, y en esa norma no se indica o señala que deba recaer sobre los gastos de administración, todo ello porque se guarda una relación armónica con las disposiciones del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 donde se contempla que éste 3% de los gastos de administración es utilizado debidamente para la administración de los recursos de la aquí demandante, lo cual se realizó y se suministró por parte de Skandia S.A. por ende dichos rubros no se encuentra en disposición de esta entidad. Aquí si se estaría generando un perjuicio económico y financiero no solamente a la AFP sino como tal al Régimen de Ahorro Individual. Ahora bien, si se confirma la devolución de los gastos de administración solicita se revoque que deba darse de manera indexada ya que al ordenar la devolución de los rendimientos más la indexación se estaría generando doble sanción por un mismo hecho, esto generaría un enriquecimiento sin justa causa. Adicionalmente, solicita se declare la prescripción de los mismos teniendo en consideración que son emolumentos de carácter económico y periódico y que no están destinados para cubrir la pensión de vejez del demandante.

La apoderada de COLFONDOS S.A., interpuso recurso de apelación parcial respecto a devolver todos los conceptos de manera indexada, ya que no es posible aplicar la indexaciones sobre dichos conceptos porque con los rendimientos generados por Colfondos S.A, durante el tiempo que administró los recursos pensionales de la actora fueron superiores a los que se hubiesen podido generar en el régimen de prima media, además que no fue solicitado en la demanda ni en la contestación por Colfondos, ni incluido en la fijación del litigio, por lo tanto, la condena en este sentido desconocería el principio de consonancia y congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda y comportaría la violación al derecho de defensa y debido proceso, además no se puede fallar más allá de lo pedido. Para Colpensiones significaría un enriquecimiento sin justa causa, por lo que no es pertinente la indexación de estas sumas por estar en poder las AFPs en la cuenta de ahorro individual y al día de hoy producen unos rendimientos mínimos que evitan o compensaron la pérdida del poder adquisitivo.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen

de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional,*

no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Davivir S.A, el 15 de julio de 1997.

Así las cosas, pese a que obra formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017, Sl 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

> *"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de junio de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JULIO ENRIQUE LORA SUAREZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A.**

RADICADO: 11001 3105 021 2021 00297 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de la parte Porvenir S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de septiembre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que ese esta en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el articulo 1740 del Código Civil (error, fuerza, dolo), así como tampoco se esta frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y Porvenir por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento.

Finalmente, el apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia proferida, al considerar que con las pruebas recaudadas se probó de manera fehaciente que la demandada Porvenir S.A., actuó de manera negligente al no suministrarle toda la información necesaria para tomar una decisión.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la ineficacia o nulidad del traslado que realizó a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar el traslado de los aportes junto con los rendimientos a la Administradora Colombiana de Pensiones de Colpensiones y por consiguiente ordenar a dicha entidad activar su afiliación.

Sustento sus pretensiones, en que nació 19 julio de 1958, que se afilio al Instituto de los Seguros Sociales desde el 21 de junio de 1983; que se trasladó a la APF Horizonte hoy Porvenir S.A., posteriormente el 18 de mayo de 200 se traslado a Santander hoy Protección S.A., sin que los asesores de dichos fondos privados le hubieras suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 14, 15 y 35 del Decreto 656 de 1994, la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003, la Ley 860 de 2003, el articulo 1510 del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado numero 33083 de 2011, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que la afiliación que realizó el actor

es completamente valida, toda vez que se brindó la información pertinente y necesaria, la cual estuvo precedida de una asesoría oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión lo más informada posible. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de obligación y buena fe.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que la afiliación se encuentra activa y vigente en el RAIS y son las administradoras de fondos de pensiones probadas las llamadas a reconocer cualquier derecho inherente a las pretensiones en la demanda. Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del articulo 1604 del Código Civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS, 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 nulidad alegada, no procedencia de pago de costas y la genérica.

PROTECCION , dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que la afiliación del demandante al fondo privado es un acto jurídico plenamente valido, emanado de la voluntad del mismo y del cual nacieron obligaciones para ambas partes, el cual no puede ser desvirtuado por afirmaciones indeterminadas, dado que por su propia iniciativa en forma libre y voluntaria decidió afiliarse y se encuentra inmerso en la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución, inexistencia de la obligación, traslado de aportes y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 5 de septiembre de 2022, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora JULIO ENRIQUE LORA SUÁREZ al régimen de*

ahorro individual el 30 de diciembre de 1998, con fecha de efectividad a partir del 1 de febrero de 1999 por intermedio de HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales- ,incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora JULIO ENRIQUE LORA SUÁREZ. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora JULIO ENRIQUE LORA SUÁREZ por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo motivado.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PORVENIR S.A y a favor de la demandante. Liquídense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.700.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional se generó con la voluntad del afiliado se requiere que el Fondo haya administrado una información completa, clara, oportuna sobre las condiciones específicas, ventajas y desventajas de cada régimen y que dicha información debe ser probada por los Fondos, esto de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información,

de lo anterior señaló que hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, al considerar que se aparta de la declaratoria de ineficacia, en virtud de que no existen razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a dicha declaratoria, por el contrario, de conformidad con las pruebas aportadas dicho traslado se generó de forma consiente, espontánea, sin presiones y cumplimiento de los deberes oponibles para el momento en que se realizó; por otro lado indicó que también se aparta de la condena a la devolución de rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales de forma indexada, en virtud de que no resulta coherente que se declare la figura de la ineficacia en unos y en otros no, resalta que dicha figura es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado; advirtió que dichos rendimientos al ser privativos del RAIS podrían al actor en una condición diferente a la que se encontraría al pertenecer al RPM, dado que recibiría dineros que no se generan en dicho régimen pensional; precisó que la AFP ha actuado como un agente de oficio involuntario en los términos establecidos por los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, por lo que se debe realizar las compensaciones mutuas a que tenga lugar, indicó que frente a los seguros previsionales de invalidez y muerte son dineros que ya no se encuentran en poder de la entidad, en virtud de que fueron trasladados a las respectivas aseguradoras. En consecuencia, solicitó se revoque la decisión proferida.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al señalar que se presenta una indebida interpretación del articulo 1604 del Código Civil, en virtud de que en los fallos relacionados la interpretación de dicha normatividad hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, pero si obliga que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante, por lo que dicha apreciación quiebra la lógica de las cargas probatorias, resaltó

que el Decreto 2241 de 2010 estipula que los posibles afiliados cuentan con el deber de asesorarse.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 29 de diciembre de 1998.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características,

condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017, Sl 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 5 de septiembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SANTIAGO RAMÍREZ CANO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 110013105 023 2021 00075 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de marzo de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, argumenta que el señor Santiago Ramírez Cano no efectuó afiliación alguna al otrora Instituto de los Seguros Sociales previo a decidir su traslado al RAIS suscribiendo el formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A. circunstancia que adquiere relevancia en el análisis que se efectúa en el presente caso por cuanto en las pretensiones de la demanda se solicita la declaratoria de ineficacia del traslado que traería como consecuencia el retrotraer la situación pensional del demandante a su

estado original, no siendo entonces dable concluir que Colpensiones sea la entidad competente para asumir obligaciones en materia de Seguridad Social y por lo tanto se deberá declarar que se está ante una nueva afiliación.

PORVENIR S.A., argumenta que previa asesoría verbal realizada a la actora, la misma realizó su afiliación a las AFP Porvenir S.A. de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento una documental que, debidamente estructurada, figura en los términos de ley como medio probatorio de la libertad de afiliación y el consentimiento informado de la parte demandante.

UGPP, argumenta que en virtud al presupuesto procesal de falta de legitimación en la causa por pasiva por falta de competencia de la función administrativa en cabeza de la Unidad, no es procedente que la UGPP, concurra en calidad de demandado/vinculado, toda vez que de conformidad con la Ley 1151 de 2007 –Art. 156, Decreto 5021 de 28 de diciembre art 2, Decreto 5021 de 2009 artículo 6, la UGPP no es administradora de pensiones y una vez verificada la lista de funciones no se encuentran las de efectuar la captación, consecución, gestión, rentabilidad, depuración de los aportes o cotizaciones ni la de resolver solicitudes de traslado entre el régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

I. ANTECEDENTES

El señor Santiago Ramírez Cano, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., Protección S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que desde el 1 de julio de 1985 hasta el 31 de octubre de 1996 estuvo afiliado a la caja pública CAJANAL y por motivos de liquidación sus aportes fueron trasladados al ISS, con la convicción de ser esta entidad más estable para manejar su pensión. Que

para el mes de noviembre de 1996, los asesores de la AFP Porvenir S.A., le presentaron el nuevo régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución Política; artículos 1502, 1508, 1513, 1514, 1515, 1602, 1603 del Código Civil; Ley 100 de 1993; Decreto 656 de 1994; Decreto 465 de 2005; sentencias SL radicado 31989, radicado 31314 de 2008, SL radicado 33083 de 2011, SL radicado 46292 de 2014, SL radicado 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Obsérvese del formulario de vinculación que suscribió el señor Santiago Ramírez Cano, ya que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado. Propuso entre otras 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, no es menos cierto que si el demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información brindada; más aun cuando de los fundamentos

facticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación, que llegue a invalidar la misma. Propuso entre otras las excepciones de aplicación por analogía de la sentencia SL373-2021, 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, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Además, si lo que arguye el demandante es la existencia de un vicio del consentimiento, le competía acreditar los supuestos en los que se funda. Así las cosas, se debe señalar que, de acuerdo con los documentos aportados por el demandante, no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. Propuso entre otras 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.

UGPP, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que solicita respetuosamente que en la sentencia de fondo se exonere de toda responsabilidad a la Entidad. Considera que no es la entidad competente para entrar a resolver las pretensiones del demandante, pues el señor Santiago Ramírez Cano, mediante una decisión libre y voluntaria originó el traslado de régimen pensional a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, Porvenir S.A., y/o Protección S.A. entidad que recibió sus aportes, por el cambio que

efectuó al Fondo Privado, y del cual se derivó el presente litigio. Propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación demandada, caducidad, prescripción, sobre la condena en costas, genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de marzo de 2022, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante SANTIAGO RAMÍREZ CANO, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y por ende a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. nuevamente a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y luego a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de diciembre de 1996 al 31 de diciembre de 1998 y del 01 de octubre de 2000 al 31 de julio de 2008, con motivo de la afiliación del demandante SANTIAGO RAMÍREZ CANO, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.*
>
> *PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que trasfirió a la AFP PORVENIR, con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante los días 01 de enero de 1999 y el 01 de agosto de 2008.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de enero de 1999 al 30 de septiembre del 2000 y del 01 de agosto de 2008 a la fecha, con motivo de la afiliación del demandante SANTIAGO RAMÍREZ CANO, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.*
>
> *CUARTO: DECLARAR que del demandante SANTIAGO RAMÍREZ CANO, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por las razones expuestas.*

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: ABSOLVER a LA UNIDAD ADMINISTRADORA ESPECIAL DE LA GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, conforme a lo considerado.

SEPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

OCTAVO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES. ”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial consolidada de la Corte Suprema de Justicia en sentencia fundacional radicado 31989 del año 2008, relevante en el asunto ya que desde esa época, luego de analizar las responsabilidades especiales de las AFP concluye con la necesidad y la obligación de información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias jurídicas. Este criterio se ha venido ampliando en sentencias como SL 4989 de 2018, SL 1452 de 2019, entre otras, donde la regla jurisprudencial identificable de las AFP es que deben suministrar al afiliado una información clara, completa, comprensible y oportuna respecto de características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias del cambio de régimen.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación respecto a que para el año 1996 se cumplió con el deber de información dispuesto para la época, puesto que, al demandante se le brindó la información acerca de las características de este régimen de ahorro individual y se respetó su derecho a la libre elección de régimen pensional, también es válido y eficaz toda vez que se firmó libre y voluntariamente el documento exigido para realizar la afiliación. Ahora bien, el deber de información ha existido desde los inicios de las administradoras, incluso antes, es algo que no desconoce Porvenir S.A. lo que sí insiste es que el deber de información ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial que ha incrementado a lo largo de los años todas las exigencias y obligaciones que

se le imponen a las administradoras para el momento de hacer las respectivas vinculaciones, sin embargo considera que para la época en que se realizó el traslado del demandante no se da la debida interpretación de la norma que se debe aplicar a dicho momento, pues conforme a la Ley 100 y el Decreto 663 en su artículo 97 numeral primero se determina que debe señalarse características del régimen, situación que aconteció como se evidencia en el interrogatorio de parte donde el demandante manifestó que se le informó sobre dichas características.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación parcial en cuanto a la devolución de las comisiones de administración, se debe tener en cuenta que la deducción de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante por este concepto se realiza como consecuencia de una disposición legal, válida, exigible, aplicable y vigente, no por capricho de la AFP; se trata de comisiones ya causadas y pagadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante. En el hipotético caso que se asuma que Protección S.A. no realizó su gestión y se ordene la devolución de dichos conceptos a Colpensiones debe proceder la devolución de todos los rendimientos generados mientras estuvo afiliado a Protección S.A., esto es producto de la buena gestión y administración de la AFP y en este sentido solo habría lugar a trasladar los aportes sin los rendimientos generados. Además, en caso de declararse la nulidad e ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que se trasladaría solo los aportes sin los rendimientos ya que éstos son generados exclusivamente en el Régimen de Ahorro Individual por mandato de la Ley y al estar afiliado todo este tiempo al Régimen de Prima Media no se habrían generado.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación teniendo en cuenta que el demandante tuvo más de 10 años para realizar el traslado de Régimen si lo consideraba pertinente sin embargo no lo hace, aunque hubiese habido una falta de información en el año 1996 cuando hace el traslado a Porvenir S.A., en el sentido de indicarle que el ISS se iba a acabar, tuvo el tiempo suficiente para despejar las dudas. Así mismo, no se está teniendo en cuenta que la información está en la Ley y es de orden público y de libre conocimiento. De igual forma, el mismo demandante en el

interrogatorio de parte manifiesta la información que le dio el fondo de manera verbal. Por último, solicita no condenar en costas a la entidad.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no***

> ***la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A, el 18 de octubre de 1996.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

> *En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00*

25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 28 de marzo de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **LUCIA VICTORIA CARRIZOSA LUNA** contra **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

RADICADO: 110013105 023 2020 00063 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de agosto de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes. Por su parte el apoderado de la parte demandante, solicitó se confirme la determinación proferida por el Juzgado de primera instancia, en atención a los parámetros que ha venido estableciendo la H. Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial desarrollada desde el año 2008 hasta la fecha, y por cuando la declaración de nulidad e ineficacia trae como consecuencia no producir los efectos propios de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual, sino su regreso automático al Régimen de Prima Media, privando hacia futuro de todo efecto.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, señaló de manera principal que se deberá revocar la decisión, por cuando manifestó que, en el presente caso, la entidad, brindó información cierta y suficiente a la aquí demandante, quien realizó el traslado de régimen de manera libre y voluntaria, y sin que adicionalmente, hiciera uso del derecho de retracto que le asistía; así mismo, de manera subsidiaria, señaló que no es procedente la devolución de todos los aporte netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal, contempladas en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

La señora Lucia Victoria Carrizosa Luna, pretende se declare de manera principal la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a las entidades demandadas y como consecuencia de

dicha declaratoria se ordene a las AFP´S, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, rendimientos y sumas adicionales recibidas, así como al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados o de manera subsidiaria se declare inexiste el por medio del cual se traslado del RPM al RAIS.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES desde el año de 1989. Que se trasladó a Colfondos S.A., el 29 de junio de 1994, el 30 de octubre de 1997 a Porvenir S.A. y el 26 de enero de 2010 a Old Mutual hoy Skandia S.A., advirtiendo, que en los traslados efectuados, no fue asesorada o informada por dichas entidades, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno u otro régimen; y por último, que presento solicitudes antes las demandadas para retornar al régimen de prima media, siendo negadas.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 335 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 59 y s.s. de la Ley 100 de 1993, los artículos 1509, 1603 y 1746 del Código Civil, el Decreto 3800 de 2003, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; así mismo como fundamento jurisprudencial trajo a colación las sentencias del expediente No. 17595 del 9 de septiembre de 2017, MP Castillo Cadena, sentencia del expediente No. 55013 de agosto de 2018, MP Jorge Prada Sánchez, sentencia del expediente No. 68852 del 3 de abril de 2019, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, entre otras.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contesto la demanda, se opuso a las pretensiones de la demanda, señaló que la afiliación de la demandante al RAIS, se presento en virtud de su derecho a libre escogencia de fondos de pensiones para la administración de sus aportes, siendo el RAIS su elección y por cuanto los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

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 con fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago e inexistencia de perjuicios.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que la vinculación que realizó el actor es completamente valida, por cuento se brindó la información pertinente y necesaria, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional,

informada y con elementos de juicio objetivos para la toma de la decisión. 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.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones presentadas en su contra, adujo que la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que en tal sentido, al seleccionar el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios más aún en el caso que nos ocupa, cuando el traslado a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., provino de la Administradora AFP PORVENIR y no de una entidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Precisó, que la elección libre y voluntaria de la demandante, se materializa con la suscripción del formulario de afiliación, tal y como lo dispone el artículo 2 del decreto 1642 de 1995, norma que se encuentra vigente y que surte plenos efectos jurídicos.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: Skandia no participo 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 RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni

siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el actor se afilio al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la seguridad social, sugerir en juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de agosto de 2022, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado de la demandante **LUCIA VICTORIA CARRIZOSA LUNA**, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS A.S.,** por ende, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de julio de 1994 y el 31 de diciembre de 1997, con motivo de la afiliación de la demandante **LUCIA VICTORIA CARRIZOSA LUNA**, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se deben devolver debidamente indexados desde la fecha de causación hasta la fecha efectiva de su pago, como lo son, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración.*

PARÁGRAFO: *Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PORVENIR con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante el 01 de enero de 1998.*

TERCERO: CONDENAR *a la* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A*** *a devolver a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES****, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de enero de 1998 y el 28 de febrero de 2010, con motivo de la afiliación de la demandante* ***LUCIA VICTORIA CARRIZOSA LUNA****, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se deben devolver debidamente indexados desde la fecha de causación hasta la fecha efectiva de su pago, esto es los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.*

PARÁGRAFO: *Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Skandia con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante el 01 de marzo de 1998.*

CUARTO: CONDENAR *a* ***SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.*** *a devolver a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES****, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante* ***LUCIA VICTORIA CARRIZOSA LUNA****, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se deben devolver debidamente indexados desde la fecha de causación hasta la fecha efectiva de su pago.*

QUINTO: DECLARAR *que la demandante* ***LUCIA VICTORIA CARRIZOSA LUNA*** *se encuentra afiliada al régimen de primera media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto* ***I.S.S.,*** *y hoy administrado por la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,*** *por las razones expuestas.*

SEXTO: DECLARAR *no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*

SEPTIMO: CONDENAR EN COSTAS *a la demandada* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.***

OCTAVO: ORDENAR *así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES."*

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial consolidada de la Corte Suprema de Justicia en sentencia fundacional radicado 31989 del año 2008, relevante en el asunto ya que, desde esa época, luego de analizar las responsabilidades especiales de las AFP concluye con la necesidad y la obligación de información

completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias jurídicas. Este criterio se ha venido ampliando en sentencias como SL 4989 de 2018, SL 1452 de 2019, entre otras, donde la regla jurisprudencial identificable de las AFP es que deben suministrar al afiliado una información clara, completa, comprensible y oportuna respecto de características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias del cambio de régimen.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la Demandante, interpuso recurso de apelación parcial en cuanto a la no condena en costas de las entidades demandadas, teniendo en cuenta que las pretensiones han sido resueltas en su favor y de conformidad con la ley es una condena objetiva, son las entidades demandadas quienes deben pagar estas costas, así lo estipula el artículo 365 del Código General del Proceso.

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia proferida en primera instancia al considerar que pese a que existe un precedente jurisprudencial se debe analizar las particularidades de cada uno de los afiliados que pretenden la ineficacia del traslado; preciso que en el presente asunto existen elementos de juicio que permiten colegir que el actor recibió una información necesaria, clara y suficiente en los términos establecidos en la legislación para el año del traslado; por otro lado, señaló que resulta desproporcionada realizar la devolución de gastos de administración, rendimientos y sumas por seguro previsional,

toda vez que son descuentos que se descuentan en ambos regímenes pensionales.

Skandia Pensiones y Cesantías S.A., a través de su apoderado, interpuso recurso de apelación contra la decisión del a quo, arguyendo que la norma no señala de manera taxativa que la condena deba recaer sobre los gastos de la administración, adicionalmente, considero que es un emolumento que tiene carácter económico periódico y que no está destinado específicamente para cubrir la pensión de vejez de la demandante, y por ende frente a los mismos opera la figura de la prescripción.

El apoderado de Colpensiones, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que la actora, se encuentra inmersa en la prohibición legal que se encuentra consagrada en la Ley 100 de 1993; resaltó que la condena está provocando un perjuicio en la sostenibilidad del sistema ya que no ha efectuado cotizaciones al RPM por más de 20 años; resalto que, dentro del presente caso, no se presentó vicio del consentimiento alguno.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no

cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de

los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A. del 30 de junio de 1994, a Porvenir S.A. del 16 de noviembre de 1997 y a Skandia S.A. del 26 de enero de 2010.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

> *"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Finalmente, en cuanto al reparo realizado por la parte actora en lo relacionado a la no condena en costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso. En consecuencia, se habrá de revocar el numeral séptimo de la sentencia de primera instancia para en su lugar condenar en costas a las demandadas.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL SEPTIMO DE LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 22 de agosto de 2022, para en su lugar condenar en costas a las demandadas.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **NELSON JESÚS JAIMES GONZÁLEZ** contra **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

RADICADO: 110013105 011 2020 00431 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Skandia S.A. y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de septiembre de 2022.

I. ANTECEDENTES

El señor Nelson Jesús Jaimes González, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A., y posteriormente a Skandia S.A. y Colfondos S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES en junio de 1987, hasta abril de 2006. Que se trasladó a Protección S.A., en mayo de 2006 a Protección S.A., y posteriormente a Colfondos S.A. en agosto de 2020, advirtiendo, que, en los traslados efectuados, no fue asesorada o informada por dichas entidades, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno u otro régimen; y, por último, que presento solicitudes antes las demandadas para retornar al régimen de prima media, siendo negadas.

Como fundamento normativo, citó entre otros, los artículos 2, 4, 23, 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 1, 2, 11, 13, 15, 31, 33, 34 y 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 13, 14, 16, 19, 20, 21, 260 y 340 del CST, así como los articulados del C.C., los Decretos 663 de 1993, 720 de 1994 y 692 de 1994; así mismo como fundamento jurisprudencial trajo

a colación las sentencias C-862/2008, C-836/2001 SU-120/2003, entre otros, múltiples pronunciamiento de la CSJ.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizar. Dicha manifestación estuvo de voluntad, firmar el formulario, estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Propuso entre otras 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación del demandante al RAIS se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Los asesores comerciales de Colfondos brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las

características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. Propuso entre otras 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.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante no probó causal alguna que la afiliación ante la Administradora Privada AFP Colfondos S.A. es nula como lo manifiesta por no resultar veraz, comprensible y completa, teniendo en cuenta que el contrato suscrito por la parte actora, cumple con los presupuestos legales para su existencia ante la vida jurídica de conformidad con el Decreto 692 de 1994 y Decreto 720 Ordinario Apelación Sentencia N° 026-2020-00385-01 Héctor Manuel Linares Molina Colpensiones y Otros de 1994. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos.

SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS, contesto la demandada, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones

presentadas en su contra, por cuando el traslado del régimen pensional, fue un acto jurídico que se efectúo por una sola vez, del cual no participo, resultando, la afiliación con su representada, totalmente valida y bajo los lineamientos legales, normativos y jurisprudenciales que lo regulan. Propuso como excepciones de mérito, las que denominó: cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participo 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 RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

Finalmente, la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., manifestó su oposición frente a todas y cada unas de las pretensiones formuladas en la demanda respecto de su llamante (Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A.), al carece de derecho material, puesto que el acto jurídico de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-por parte del demandante no registra defecto y/o vicio alguno; no hay lugar a la declaración de ineficacia porque los supuestos de invalidación de los actos jurídicos, tal cual se prescribe en los artículos 1740 y correspondientes del Código Civil, no se presentan en el presente caso. En cuanto al consentimiento, el no adolece de vicio o defecto alguno –artículo 1508, ídem-. Propuso las excepciones de mérito: 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; legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional y reconocimiento oficio de excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de septiembre de 2022, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO. DECLARAR** ineficaz el traslado por el demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO. CONDENAR** al Fondo de Pensiones COLFONDOS a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante NELSON JESÚS JAIMES GONZÁLEZ, junto con sus rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO. CONDENAR** a los Fondos de Pensiones PROTECCIÓN y SKANDIA a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO. CONDENAR** al Fondo de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dichas transferencias y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas.*
>
> ***SEXTO. ABSOLVER** a **MAPFRE SEGUROS DE VIDA** de las pretensiones incoadas en su contra en el llamamiento en garantía por parte de SKANDIA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SÉPTIMO. COSTAS** en esta instancia a cargo **PROTECCIÓN, SKANDIA y COLFONDOS**, a razón de un treinta y tres punto treinta y tres por ciento (33.33%) a cargo de cada una, a favor del aquí demandante, fijándose como agencias en Derecho la suma de **UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL PESOS ($1'200.000).***

OCTAVO. *Igualmente CONDENAR en Costas de esta instancia a* ***SKANDIA,*** *y a favor de* ***MAPFRE SEGUROS DE VIDA****, fijándose como agencias en Derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS ($500.000).”*

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que conforme a los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil el acto jurídico del traslado respecto del cual se alega nulidad adquiere firmeza cuando transcurren cuatro años desde su realización por tratarse de una nulidad relativa fundamentarse en un vicio del consentimiento, no obstante la Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL 12136 de 2014 concluyó que en este tipo de casos lo que debe realizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz; es así que en la sentencia en cita, señaló la Corte que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria se debe verificar si la respectiva Administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permite una manifestación de voluntad autónoma y consciente.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de SKANDIAS.A., interpuso recurso de apelación parcial teniendo en cuenta que existen normas como lo es el Decreto 3925 de 2008 artículo 7, que señala de manera taxativa más no facultativa cuáles son aquellos elementos que deben tenerse en consideración en el momento en que se generó el traslado de recursos de regímenes del sistema general de pensiones, como en el presente caso. Dicha norma contempla que, lo que se debe trasladar corresponde a los aportes destinados en la cuenta de ahorro individual del demandante y del fondo de garantía de pensión mínima, pero no señala de

manera taxativa que deben recaer dichos traslados frente a los gastos de administración, dicha norma guarda relación armónica con las disposiciones de la Ley 100 de 1993 especialmente el artículo 20, dado que indica que este 3% de gastos de administración, que tiene una destinación específica y reglada en dicha norma, fueron utilizados en debida oportunidad para la correcta y eficiente administración de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, por ende, no hay lugar a una devolución de unos gastos que ya fueron debidamente utilizados y para cumplir el fallo debe Skandia S.A. cubrir este rubro con el propio patrimonio, generando así un perjuicio económico, fiscal y financiero no solamente a la AFP sino al régimen de ahorro individual.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el

capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A, el 1 de julio de 2006.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resultan suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima

información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Costas en esta instancia a cargo de Skandia S.A.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de septiembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Skandia S.A.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

Se fijan como agencias en derecho el valor de $ 400.000 que deberán incluirse a cargo de la demandada Skandia S.A. en el momento indicado en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **ROBERTO HORACIO TORRES SERRANO** contra **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.**

RADICADO: 11001 3105 028 2019 00454 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por los memorialistas en los escritos obrantes en el expediente se reconoce a la doctora Mariana Galindo Ruíz, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.032.437.264 y tarjeta profesional No. 253.070 del Consejo Superior de la Judicatura como

apoderada sustituta de la demandada UGPP, en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por el apoderado del demandante y de la demandada UGPP.

El apoderado del señor *Roberto Horacio Torres Serrano,* solicitó se confirme la decisión de primera instancia, en los términos en que fue otorgada por el Juzgado, en cuando no se acredito la existencia de una maniobra fraudulenta o engañosa por parte del actor.

La apoderada de la parte demandada *UGPP,* reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia para solicitar la revocatoria de la decisión y en su lugar se declare la legalidad del reintegro de dinero ordenado por la UGPP a través de los actos administrativos emitidos por la entidad, por las siguientes razones: i) obra dentro del expediente administrativo declaración juramentada del actor en donde se compromete a dar aviso inmediato a la Caja Agraria si recibe cualquier emolumento por parte del Tesoro Nacional, Departamental o Municipal; ii) el dinero adeudado no configura una violación al mínimo vital del actor, por cuanto se pueden realizar acuerdos de pago y dado el monto de lo adeudado; y, iii) en la medida en que la buena fe no excluye las obligaciones de las personas, al tener el actor el conocimiento de la compartibilidad de las pensiones reconocidas.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la UGPP contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de septiembre de 2021 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta.

I. ANTECEDENTES

Roberto Horacio Torres Serrano, formuló demanda con el objeto que se declarará que no le asiste a la UGPP proceder a través de cobro coactivo u otras acciones para recuperar los dineros pagados de buena fe al pensionado con ocasión de la reliquidación pensional ordenada y liquidada por dicha entidad en Resolución RDP 023086 del 2 de junio de 2017, y por consiguiente, no le adeuda la suma estimada por la entidad de $20.251.290, como tampoco los intereses moratorios previstos en el artículo 4 de la Ley 1066 de 2006, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo primero de la Resolución RDP 041950 del 7 de noviembre de 2017; por último, se condene a la UGPP a pagar las costas y agencias en derecho del asunto.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que laboró para la Caja de Crédito Industrial y Minero durante el período comprendido entre el 15 de septiembre de 1955 hasta el 24 de noviembre de 1977, que acredito 47 años de edad en el año de 1988, para acceder a la pensión establecida en el Convención Colectiva

de la entidad, por lo que a través de Resolución SGA-P:17 del 13 de septiembre de 1988, se le reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación mensual vitalicia en cuantía de $10.828,59, ajustada a $25.637,40, equivalente al salario mínimo más alto del año de 1988; que la División de Pensiones de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, ordeno año a año ajustes a la mesada hasta el año de 1998, año para el cual se fijó en $203.826 (SMLMV).

Agregó, que posteriormente, mediante Resolución GNR 278050 del 10 de septiembre de 2015, Colpensiones, le reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de vejez de carácter compartido, en cuantía de $375.181, a partir del 27 de mayo de 2012, en cuantía de $644.350; que a partir de dicha fecha el valor de la mesada pensional era pagado por el Consorcio FOPEP y por Colpensiones; que a través de Resolución RDP 011602 del 22 de marzo de 2017, la UGPP, negó la reliquidación solicitada y luego, mediante Resolución RDP 023086 del 2 de junio de 2017, revoca la mencionada resolución para en su lugar ordenar la indexación de la primera mesada a partir del 21 de junio de 1988 con efectos a partir del 11 de noviembre de 2013, destacándose que el pago del retroactivo generado fue suspendido.

Señaló, que mediante Resolución RDP 041950 del 7 de noviembre de 2017, la UGPP ordena ajustar la mesada pensional en el mayor valor a cargo del FOPEP e indica que el valor de las mesadas cobradas de más por el pensionado entre el período comprendido entre el 27 de mayo de 2012 y la fecha de inclusión en nómina de la Resolución RDP

023086 del 2 de junio de 2017, debe ser reintegra por el Señor Torres Serrano; que el pago de las mesadas y el retroactivo fue efectuado el 25 de diciembre de 2017; por último, que la UGPP mediante Resolución RDP 020092 del 31 de mayo de 2018, determino que el demandante adeuda la suma de $20.251.290, por concepto de mayores valores de mesadas pensionales recibidas, indicando que sobre estas sumas se causan intereses a la tasa de DTF para cada mes de mora, decisión confirmada mediante Resolución RDP 026983 del 10 de julio de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y refiriendo que no le constaban otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que la entidad se encuentra en la facultad de realizar las acciones de cobro coactivo, puesto que dicha figura se establece en aras de obtener los dineros provenientes del tesoro público que se hubiesen cancelado de manera errónea a sus afiliados; precisó, que una vez Colpensiones le reconoció la pensión de vejez, solo se tenía la obligación de cancelar el mayor valor de la prestación al ser la misma compartida; aludió, que el demandante no puede alegar buena fe de su actuar, cuando tenia pleno conocimiento de las obligaciones que le asistian.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: improcedencia de derecho al derecho alegado,

incompatibilidad de la prestación, prescripción, buena fe e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de septiembre de 2021, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO**: **DECLARAR** que el reintegro de los valores solicitados por la U.G.P.P. al señor **ROBERTO HORACIO TORRES SERRANO** por la reliquidación pensional ordenada en la Resolución RDP 023086 del 02 de junio de 2017, y lo reclamado en la Resolución RDP 041950 del 07 de noviembre de 2017, comunicado mediante oficio rad. 201814200756871 de fecha 07 de marzo de 2018, no resulta procedente conforme a lo expuesto en el cuerpo de este proveído.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo.*
>
> ***TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.*
>
> ***CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá CONSULTAR con el Superior en cuanto le resultó adversa a los intereses de la demandada UGPP "*

Como fundamento de la decisión, el juzgado recordó que frente al tema la Corte Constitucional en sentencia T-921/2006, ha indicando que es necesario que se produzca un intercambio de información entre el empleador que reconoció la pensión de jubilación y el Instituto de Seguridad Social que posteriormente reconozca la pensión de vejez compartida, con el fin de que el empleador puede realizar los ajustes correspondientes del mayor valor a pagar; sin embargo, también, señaló que la Corte ha constatado que no existe disposición legal que defina a quién le corresponde informar.

Acto seguido precisó que conforme lo señalado por la jurisprudencia constitucional, en el sentido que si bien el

Estado no puede faltar a los administradores en la confianza que ellos depositan en él y en el valor mismo de sus actuaciones, el particular, igualmente debe actuar de manera tal que su buena fe y transparencia se vean reflejadas en las actuaciones que cumple frente a las diferentes entidades del Estado, de manera tal, que deberá comunicar a su empleador que se encuentra percibiendo las dos prestaciones, pero sin que, por no hacerlo, se pueda predicar la mala fe del mismo, pues como beneficiario puede estar plenamente convencido de que tiene derecho a percibir de manera completa ambas prestaciones.

Bajo ese análisis jurisprudencial, procedió a evaluar la buena fe o mala fe del beneficiario, su situación económica, la esperanza de vida y el monto total de lo reclamado, y en tal sentido, concluyó, que la conducta del actor no denota un actuar lento o con la intención de engañar a la administración e indicó que las entidades conocedoras de la prestación por ser las expertas en el asunto deben comunicarse entre sí, adicionó señalando que la mesada del actor se vería comprometida al reintegrar los valores reclamados por cuando su mesada corresponde a un salario mínimo legal mensual vigente, por lo que accede a las pretensiones del actor.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la UGPP interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada que esta acción de reciprocidad en

materia de la buena fe se vio afectada por el demandante toda vez que al hacerle esos pagos adicionales a su pensión se constituye en un pago de lo no debido y por tanto un incremento en su patrimonio sin causa y razón, lo que afecta de manera directa al patrimonio público y al principio de sustentabilidad financiera en materia pensional de la entidad.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará la materia de la apelación y en consecuencia determinará si resulta procedente que la UGPP a través del cobro coactivo y/o otras acciones recupere o no los dineros cancelados de más al actor conforme lo ordenado en acto administrativo emitido por la entidad.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que la Caja de Crédito Industrial y Minero reconoció al señor Roberto Horacio Torres Serrano una pensión de jubilación mensual vitalicia a través de Resolución SGA-P:17 del 13 de septiembre de 1988; ii) que la División de Pensiones de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, ordeno año a año ajustes a la mesada hasta el año de 1998; iii) que mediante Resolución GNR 278050 del 10 de septiembre de 2015, Colpensiones, le reconoce y ordena el pago al actor de una pensión vitalicia de vejez de carácter compartido; iv) que a partir de dicha fecha el valor de la mesada pensional era

pagado por el Consorcio FOPEP y por Colpensiones; que a través de Resolución RDP 011602 del 22 de marzo de 2017, la UGPP, negó la reliquidación solicitada por el actor, siendo posteriormente, revocada la decisión mediante Resolución RDP 023086 del 2 de junio de 2017, para en su lugar ordenar la indexación de la primera mesada a partir del 21 de junio de 1988 con efectos a partir del 11 de noviembre de 2013; v) que mediante Resolución RDP 041950 del 7 de noviembre de 2017, la UGPP ordena ajustar la mesada pensional en el mayor valor a cargo del FOPEP e indica que el valor de las mesadas cobradas de más por el pensionado entre el período comprendido entre el 27 de mayo de 2012 y la fecha de inclusión en nómina de la Resolución RDP 023086 del 2 de junio de 2017, debe ser reintegra por el Señor Torres Serrano; vi) que el pago de las mesadas y el retroactivo fue efectuado el 25 de diciembre de 2017; y vii) que la UGPP mediante Resolución RDP 020092 del 31 de mayo de 2018, determino que el demandante adeuda la suma de $20.251.290, por concepto de mayores valores de mesadas pensionales recibidas, indicando que sobre estas sumas se causan intereses a la tasa de DTF para cada mes de mora, decisión confirmada mediante Resolución RDP 026983 del 10 de julio de 2018.

Teniendo claro lo anterior, debe precisarse que la Ley 90 de 1946, introdujo un sistema de subrogación de riesgos de origen legal, que en antes estaba radicado en cabeza de los empleadores y en la medida en que se fue ampliando la cobertura a las distintas zonas de la geografía Colombiana, las mismas serían asumidas por el Instituto de Seguros

Sociales, pues eso es lo que desprende del artículo 72 de la citada norma, en cuanto dispuso "las prestaciones reglamentadas en esta Ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso...".

Precisamente, una de esas prestaciones consagradas en la Ley a favor de los trabajadores era la denominada pensión de jubilación, que inicialmente se contempló en la Ley 6 de 1945 y que posteriormente tuvo modificaciones introducidas entre otros en los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, la cual era susceptible de ser subrogada por el Instituto de Seguros Sociales a través de la pensión de vejez, cuando dicha entidad de seguridad social reconociera la misma y en consecuencia empiece a cancelarla por haber reunido el afiliado los requisitos para el efecto.

Lo anterior por cuanto, en atención a lo dispuesto en los propios reglamentos del ISS, esto es los artículos 60 y 61 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966 en concordancia con el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 28769 del mismo año y artículo 16 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de 1990, respecto de trabajadores afiliados al Instituto de Seguros Sociales y que llevaren 10 años o más de servicio cuando dicha entidad de seguridad social comenzó a asumir el riesgo de vejez, se tenía que quien debía asumir el pago de la pensión era el empleador hasta tanto se cumpliera con los

requisitos para acceder a la pensión de vejez, siendo cuenta de aquel únicamente el mayor valor si lo hubiere.

De lo que resulta claro que de vieja data se venía aplicando la compartibilidad de las pensiones legales, contemplándose como una especie de mecanismo de transición para la asunción de los riesgos que venían siendo reconocidos directamente por el empleador hacia la subrogación definitiva en la entidad de seguridad social.

Ahora bien, tratándose de pensiones extralegales, tales como pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente la ley reguló la forma como operaría la subrogación de las mismas a partir del 17 de octubre de 1985, según se desprende de lo señalado en el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de ese año y posteriormente el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

En ese orden de ideas y como quiera que la pensión reconocida al señor Luis Carlos Estrada Mogollón, le fue otorgada por la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO, a través de Resolución No. SGA-P:17 del 13 de septiembre de 1988, en los siguientes términos *"(…) Aplicar en su oportunidad al valor de la pensión de jubilación reconocida por la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO, la cuantía que por concepto de pensión de vejez otorgue al pensionado el INSTITUTO DE SERGUROS SOCIALES de conformidad con los reglamentos del mismo instituto, desde la fecha de tal reconocimiento",* resulta

evidente que la misma era susceptible de ser compartida con la pensión de vejez otorgada por el ISS hoy Colpensiones y en consecuencia la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero solo estaría obligada al pago del mayor valor que se generara entre la pensión de jubilación reconocida por ésta y la que le reconociera el ISS hoy Colpensiones.

Tampoco puede pasarse por alto que en la citada resolución de reconocimiento pensional efectuada por la Caja de Crédito Industrial y Minero al señor Torres Serrano, de fecha 13 de septiembre de 1988, se indica respecto a la posibilidad de compartibilidad de la pensión, lo siguiente *"El disfrute de esta pensión de jubilación es incompatible con la percepción de toda asignación proveniente del Tesoro Nacional, salvo que se trate de excepciones establecidas por la Ley, so pena de incurrir en el pago de lo no debido"*, advirtiéndose, de igual forma al actor, en el parágrafo de la cláusula quinta: "*El beneficiario de la presente pensión deberá gestionar ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el reconocimiento de la pensión de vejez una vez reunidos los requisitos legales para el efecto e informar a la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO de inmediato de la providencia con la cual se le otorgue o niegue tal prestación.*"

De igual forma, no puede pasar desapercibido que en Resolución GNR 278050 del 10 de septiembre de 2015 emitida por Colpensiones establece que, conforme al análisis jurídico realizado, el actor tiene derecho a la Pensión por vejez de carácter compartido.

Como se advierte, existe una inactividad de todos los involucrados pues el caudal probatorio evidencia que no se intercambió la información necesaria para que se efectuara el ajuste pensional pertinente ni el beneficiario dio aviso al empleador sobre el reconocimiento pensional realizado en su favor por el ISS, frente al tema resulta pertinente lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia T-1117 de 2003, en donde al analizar un caso similar señaló:

> *"(…)*
>
> *De esta manera, **(i)** cuando una persona que está percibiendo de su ex empleador la pensión de jubilación y, posteriormente, comienza a recibir el pago de la pensión de vejez que el ISS u otra entidad de seguridad social le ha reconocido, comunica a su ex empleador de esta nueva situación, estará obrando conforme al principio de buena fe a que se hizo mención, permitiendo que sean las entidades obligadas al pago, quienes determinen, según el ordenamiento vigente, si es posible la acumulación de las dos pensiones, si se trata de una misma pensión compartida por dos entidades, o si se ha producido la subrogación.*
>
> *Si el beneficiario **(ii)** guarda silencio en relación con la situación antes descrita y calladamente percibe de manera completa ambas prestaciones por un período de meses o de años, no podríamos presumir por este simple hecho que ha obrado de mala fe, pues como beneficiario puede estar plenamente convencido que tiene derecho a percibir de manera completa ambas prestaciones. De hecho, en el caso de pensiones compartidas no existe precepto legal que obligue al beneficiario de las pensiones a informar a su ex empleador o a la entidad de seguridad social correspondiente, acerca del segundo reconocimiento o del pago que está recibiendo de otra entidad. Con todo, se trataría de un comportamiento ajeno al que debe asumir una persona proba frente a sus iguales y frente al Estado, el silencio que acompaña su actuación, puede poner en duda la presunción de buena fe a la cual se hizo mención.*
>
> *En una tercera hipótesis, **(iii)** si de manera expresa el ex empleador manifiesta al beneficiario de una prestación a su cargo, que deberá informarle del futuro reconocimiento pensional que le haga una entidad de seguridad social y el beneficiario de todos modos guarda silencio cuando dicha situación se produce, se podrá entender que hay una conducta contraria a la buena fe, y que el interés del particular es desconocer el postulado constitucional contenido en el artículo 95 de la Carta, referente al respeto de los derechos ajenos y a la prohibición de no abusar de los propios.*
>
> *No obstante, lo anterior, tanto al empleador que reconoció inicialmente la pensión de jubilación, como a la entidad de seguridad social que posteriormente reconozca la pensión de vejez, les corresponde asumir una conducta diligente que permita un intercambio adecuado de información, de manera tal que aseguren el reconocimiento y pago oportuno y completo*

de las prestaciones a su cargo, así como la definición precisa del monto de la parte de la mesada pensional a que están obligados.

(…)

Cuando las entidades responsables del pago de las mesadas pensionales no han intercambiado la información necesaria para ajustar sus obligaciones pensionales a lo legalmente debido, ni han sido informadas por el beneficiario de la situación, y se ha producido un pago de lo no debido, tampoco puede el beneficiario apropiarse de lo que ha sido pagado en exceso. La recuperación de los dineros pagados en exceso, podrá hacerse por los mecanismos legales y judiciales existentes. Al definir la forma como tales montos deben ser devueltos, la entidad deberá evaluar la buena o mala fe del beneficiario, su situación económica, la esperanza de vida y el monto total de lo reclamado, entre otros criterios encaminados a no desconocer el derecho al mínimo vital del beneficiario.

(…)".

De conformidad con la sentencia citada, se tiene que cuando se han pagado mesadas pensionales en exceso el beneficiario de la pensión compartida es quien debe devolver lo pagado, debiéndose tener en cuenta para definir la forma en que éstas serían devueltas, la buena o mala fe del beneficiario, su situación económica, la esperanza de vida y el monto total de lo reclamado.

En este punto debe precisarse que efectuada la revisión del proceso y conforme con la documental traída a colación previamente, se advierte que, efectivamente el actor conocía la compartibilidad de la pensión que venía sufragando, pues en los dos actos administrativos a través de los cuales se le reconoce y ordena el pago de la prestación se hizo alusión a ello, e incluso se le advierte que debe informar a la entidad, razón por la cual y ante su silencio, se entiende que hay una conducta contraria a la buena fe y que su interés fue el de desconocer el postulado constitucional contenido en el artículo 95 de la Carta, situación que permite a la UGPP, la

recuperación de los dineros pagados en exceso, a través de los mecanismos legales y judiciales existentes.

En ese orden de ideas y bajo las anteriores consideraciones se procederá a revocar la decisión de la juzgadora de primera instancia, en consecuencia, se declarará la procedencia del reintegro por parte del señor Roberto Horacio Torres Serrano de los valores solicitados por la UGPP a través de la Resolución RDP 041950 del 7 de noviembre de 2017, comunicado mediante Oficio rad. 201814200756871 del 7 de marzo de 2018.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de septiembre de 2021, para en su lugar **DECLARAR** que el reintegro de los valores solicitados por la **UGPP** al señor **ROBERTO HORACIO TORRES SERRANO** a través de la Resolución RDP 041950 del 7 de noviembre de 2017, comunicado mediante Oficio rad. 201814200756871 del 7 de marzo de 2018, es procedente, conforme lo expuesto en la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARLOS ALBERTO MATEUS HOYOS contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 028 2020 00108 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de la parte Porvenir S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de agosto de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probo, 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 dicho acto goce de plena validez.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene el regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida con la totalidad de aportes realizados, cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos que se hubieren causado.

Sustento sus pretensiones, en que estuvo afiliado al Instituto de Seguro Social, que se traslado a la AFP Porvenir S.A., el 1 de julio del 2000; que al momento del traslado no fue asesorado o informado por parte de dicho fondo privado de mantera trasparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuado, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 60 y 97 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1232 y 1243 del Código de Comercio y el Decreto 1049 de 2006 las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados N° 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33803 de 2011 y 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual, así como también existe una ratificación tacita de que trata el artículo 1754 del Código Civil. Propuso las excepciones de 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, caducidad y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que la vinculación con Porvenir S.A., en el año 2000, fue producto de su voluntad y de la decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, tal como se aprecia en la solicitud de

vinculación. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 19 de agosto de 2022, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor CARLOS ALBERTO MATEUS HOYOS al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de julio de 2000, por intermedio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DEPENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍASPORVENIRS.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 señor CARLOS ALBERTO MATEUS HOYOS identificado con C.C. 6.768.803 a COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*
>
> *CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que en uso de acciones judiciales y/o administrativas, obtenga el valor de los perjuicios de que sea objeto al asumir, eventualmente, la obligación pensional de la demandante sin los recursos previstos para ello, originados en la omisión en la que incurrió el fondo privado de pensiones aquí demandado.*
>
> *QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> *SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de $1.000.000a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora."*

Como fundamento de su decisión, señaló que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y el deseo del afiliado se requiere que la Administradora de Ahorro Individual haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de trasparencia se resalte no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, incluso desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses

por lo que la omisión de dicha afiliación trae como consecuencia la ineficacia del traslado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, al considerar que de conformidad a la Ley 100 de 1993 deben existir actos que impidan o atenten en contra de la afiliación de traslado, los cuales no se alegaron ni acreditaron en el presente asunto; solicitó se tenga en cuenta el interrogatorio de parte en lo referente a que fue el empleador quien lo motivo a trasladarse; refirió que la AFP no tenía obligación de entregar proyecciones o cálculos acerca del futuro pensional, en virtud de que tal exigencia surge a partir del Decreto 2071 de 2015; precisó que si bien existe una línea jurisprudencial respecto al deber de información fueron estudiados con actores que estaban amparados por el régimen de transición, así como también que debe tenerse en cuenta el principio establecido en el artículo 9 del Código Civil; por otro lado indicó que en lo referente a la condena de gestos de administración la Superintendencia Financiera de Colombia ha señalado que en el evento que proceda la nulidad o ineficacia del traslado las sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual, emolumentos que no financian la pensión de vejez.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al señalar que no se tuvieron en cuenta reglas aplicables dentro de las obligaciones contractuales adquiridas por la parte actora conforme al Decreto 2241 de 2010; señaló que al momento del traslado no era exigible para la AFP realizar asesoría que expone la Corte Suprema de Justicia, sin que pueda ser excluida la documentación aportada en el proceso; por otro lado indicó que Colpensiones es ajeno al negocio jurídico celebrado y no puede verse perjudicado en recibir la carga prestacional, en virtud de que se genera una afectación a la estabilidad financiera del estado.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de*

asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 29 de mayo de 2000.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de agosto de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

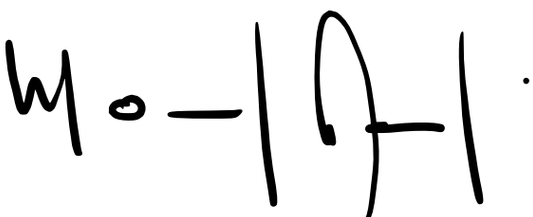
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA ROCIO GONZALEZ POLO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 11001 3105 028 2020 00405 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de agosto de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

La apoderada de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que la Colfondos S.A., incumplió con el

deber legal consagrado en el articulo 12 del Decreto 720 de 1994, toda vez que para el momento del traslado de régimen pensional no explico a la actora las diferencias ni los beneficios de cada régimen pensional.

Colpensiones., manifestó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la actora es nulo, toda vez que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el mencionado traslado, se llevo a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse de régimen pensional.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la nulidad del traslado e ineficacia de traslado que realizó a Colfondos S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordena a la AFP a trasladar los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados a Colpensiones y por consiguiente se ordene a dicha entidad a recibir tales sumas de dinero.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 29 de julio de 1960; que inicio sus cotizaciones al sistema general de pensiones desde mayo de 1990 administrado por el Instituto de los Seguros Sociales; que en el mes de junio de 2002 se trasladó a Colfondos S.A., sin que los asesores de dicho fondo privado le hubieran suministrado información clara, oportuna y real para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política, los artículos 1, 11 y 13 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1508, 1510, 1511 del Código Civil, los artículos 11 y 13 del Decreto 692 de 1994, el artículos 97 del Decreto 663 de 1993, el articulo 23 de la Ley 795 de 2003 y las sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicados N°1421 de 2019, 1452 de 2019, 1688 de 2019, 54814 de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que la afiliación se presentó en virtud del derecho a la libre escogencia de fondo de pensiones que administra los aportes, siendo el RAIS la elección de la actora, señaló que los asesores brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado de régimen. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación, pago, inexistencia de perjuicios.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual, así como también existe una ratificación tacita de que trata el artículo 1754 del Código Civil. Propuso las excepciones de inexistencia afectación por protección judicial, perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad, buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 29 de agosto de 2022, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARTHA ROCÍO GONZÁLEZ POLO al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de julio de 2002, por intermedio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la AFP COLFONDOSS.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 MARTHA GONZÁLEZ POLO identificada con la C.C. 36541764 a COLPENSIONES.*

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

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

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONESY AFP COLFONDOS S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES."

Como fundamento de su decisión, señaló que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y el deseo del afiliado se requiere que la Administradora de Ahorro Individual haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de trasparencia se resalte no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, incluso desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses por lo que la omisión de dicha afiliación trae como consecuencia la ineficacia del traslado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al señalar que no se tuvieron en cuenta reglas aplicables dentro de las obligaciones contractuales adquiridas por la parte actora; señaló que al momento del traslado no era exigible para la AFP realizar asesoría que expone la Corte Suprema de Justicia, por otro lado solicitó de conformidad con el Acto jurídico 01 de 2005 que no sea vea afectadas las cuentas del RPM bajo el principio constitucional de sostenibilidad financiera.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido

por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del*

traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible

afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Colfondos S.A., el 15 de mayo de 2002.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que

las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de agosto de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR STELLA SALAZAR HERNANDEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 11001 3105 028 2021 00323 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentado por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de septiembre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, lo cuales conllevan a determinar que el

traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse de Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales.

Por su parte la apoderada de la parte demandante solicitó se confirma la sentencia de primera instancia, al considerar que la Corte Suprema de Justicia ha determinado que el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber de haberse trasladado al RPM, no tiene consecuencia que de ello se derive la ratificación de la decisión de traslado de régimen.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A., así como también a Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP Porvenir retornar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado junto con los gastos de administración.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 5 de diciembre de 1962; que, desde agosto 1986 hasta octubre de 1996, estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social; que en el año 1997 se trasladó a Horizonte S.A.; en el año 1999 a Colpatria y posteriormente en el año 2004 se trasladó Colfondos S.A sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53 de la Constitución Política; los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el articulo 97 del Decreto 663 de 1993, el articulo 3 de la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el articulo 3 del Decreto 2071 de 2015, la Circular Externa N°016 de 2016 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 33083 de 2011, 68852 de 2019, 1452 de 2019, 731 y 881 de 2020.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual, así como también existe una ratificación tacita de que trata el artículo 1754 del Código Civil. Propuso las excepciones de inexistencia afectación por protección judicial, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad del acto jurídico de traslado de régimen, así como de sus traslados posteriores, por lo que dichos traslados jurídicos se deben tener como válidos. 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.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, manifestó que la entidad brindo a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, innominada, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez, de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 12 de septiembre de 2022, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora STELLA SALAZAR HERNANDEZ identificada con C.C. 35.410.403 al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha1° de julio de 1999, por intermedio de la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIASPORVENIRS.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 STELLA SALAZAR HERNANDEZ identificada con C.C. 35.410.403a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

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

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A y COLFONDOS. Se señalan como agenciasen derecho la suma de $1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES."

Como fundamento de su decisión, señaló que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y el deseo del afiliado se requiere que la Administradora de Ahorro Individual haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de trasparencia se resalte no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, incluso desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses por lo que la omisión de dicha afiliación trae como consecuencia la ineficacia del traslado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al señalar que no se tuvieron en cuenta reglas aplicables dentro de las obligaciones contractuales adquiridas por la parte actora conforme al Decreto 2241 de 2010; señaló

que al momento del traslado no era exigible para la AFP realizar asesoría que expone la Corte Suprema de Justicia, sin que pueda ser excluida la documentación aportada en el proceso; por otro lado indicó que Colpensiones es ajeno al negocio jurídico celebrado y no puede verse perjudicado en recibir la carga prestacional, en virtud de que se genera una afectación a la estabilidad financiera del estado de conformidad al Acto Legislativo 1 de 2005.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de

recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar***

> ***un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., el 23 de mayo de 1997.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A., a devolver los gastos de administración a ordenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 12 de septiembre de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Colfondos S.A., a devolver los gastos de administración a ordenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció la demandante en dicho fondo

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **OLGA JEANNETTE HURTADO HIGUERA** contra **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

RADICADO: 110013105 029 2020 00071 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante y Colpensiones y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de septiembre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes. Por su parte el apoderado de la parte demandante, solicitó se confirme la decisión en lo referente a la declaratoria de la ineficacia del traslado y se revoque la decisión en lo que concierne a que no se condeno en costas a las demandadas.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que la juzgadora de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que por parte de la AFP 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.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., peticionó se mantenga inalterable la decisión tomada por la a quo en cuando se absolvió a su representada como llamada en garantía; así como, en cuando no se incluyo lo relativo a los gatos de administración, incluidas las primas asegurativas, dentro de las sumas que su llamante deberá trasladar a Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El señor Nelson Jesús Jaimes González, pretende se declare de forma principal la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la

aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados; o subsidiariamente, se declare la inexistencia del acto por medio del cual la actora se trasladó de Régimen.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES en 1979. Que se trasladó a Porvenir S.A., el 5 de mayo de 2000 y a Old Mutual Pensiones y Cesantías el 8 de octubre de 2002, advirtiendo, que, en los traslados efectuados, no fue asesorada o informada por dichas entidades, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno u otro régimen; y, por último, que presento solicitudes antes las demandadas para retornar al régimen de prima media, siendo negadas.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 335 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 59 y s.s. de la Ley 100 de 1993, los artículos 1509, 1603 y 1746 del Código Civil, el Decreto 3800 de 2003, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; así mismo como fundamento jurisprudencial trajo a colación las sentencias del expediente No. 17595 del 9 de septiembre de 2017, MP Castillo Cadena, sentencia del expediente No. 55013 de agosto de 2018, MP Jorge Prada Sánchez, sentencia del expediente No. 68852 del 3 de abril de 2019, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, entre otras.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, por cuanto adujo que la demandante voluntariamente decidió

trasladarse de fondo. Propuso entre otras las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica.

SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS, contesto la demandada, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones presentadas en su contra, por cuando el traslado del régimen pensional, fue un acto jurídico que se efectúo por una sola vez, del cual no participo, resultando, la afiliación con su representada, totalmente valida y bajo los lineamientos legales, normativos y jurisprudenciales que lo regulan. Propuso como excepciones de mérito, las que denominó: prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, y la genérica.

PORVENIR S.A., contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la demanda presentadas en su contra, en la medida que en que la vinculación de la demandante con su representada en el año 2000, fue producto de su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 01368076-documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Finalmente, la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., manifestó su oposición frente a todas y cada unas de las pretensiones formuladas en la demanda respecto de su llamante (Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A.), al carece de derecho material, puesto que el acto jurídico de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-por parte del demandante no registra defecto y/o vicio alguno; no hay lugar a la declaración de ineficacia porque los supuestos de invalidación de los actos jurídicos, tal cual se prescribe en los artículos 1740 y correspondientes del Código Civil, no se presentan en el presente caso. En cuanto al consentimiento, el no adolece de vicio o defecto alguno –artículo 1508, ídem-. Propuso las excepciones de mérito: 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; legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional y reconocimiento oficio de excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de septiembre de 2022, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió

*"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado del régimen pensional que hiciere la señora **OLGA JEANNETE HURTADO HIGUERA** identificada con la cédula de ciudadanía. No. 51.625.467 a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA***

DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.*,05 de mayo de 2000 con fecha de efectividad 01 de julio de 2000, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia,* ***DECLARAR*** *que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

SEGUNDO: ORDENAR *a la* ***SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.*** *a devolver a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES*** *todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora* ***OLGA JEANNETE HURTADO HIGUERA*** *por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*

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

CUARTO: SIN CONDENA *en costas.*

QUINTO: ABSOLVER *a* ***MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.*** *de todas las pretensiones formuladas en su contra.*

SEXTO. ABSOLVER *a las demandas de los perjuicios morales.*

SEPTIMO. CONSULTAR *la presente sentencia en caso de no ser apelada por la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES****, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS."*

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 hasta la actualidad mediante la cual ha fijado reglas que se cumplen desde esa Ordinario Consulta Sentencia N° 029 2021 00374 01 Mario Torres Beltrán Colpensiones y Otro época, las cuales señaló consisten en el deber de información que se tenía al momento de trasladarse la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, información que debía ser suministrada por el fondo al que se trasladó la demandante, así como también la carga de la prueba está a cargo de los fondos de pensiones que deben demostrar que efectivamente se cumplió con el deber de información y que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es prueba suficiente de ese consentimiento informado.

Finalmente, frente al llamamiento en garantía y las costas procesales arguyó que resultaban improcedentes por cuanto fueron creadas con fines diferentes y al no encontrarse las demás demandadas envueltas en el acto primigenio.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la Demandante, interpuso recurso de apelación parcial en cuanto a la no condena en costas de las entidades demandadas, teniendo en cuenta que las pretensiones han sido resueltas en su favor y de conformidad con la ley es una condena objetiva, son las entidades demandadas quienes deben pagar estas costas, así lo estipula el artículo 365 del Código General del Proceso.

El apoderado de Colpensiones, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que deberán trasladarse de igual forma los gastos de administración de la actora en cuanto son parte de la asistencia económica de esta.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las

sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y*

realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A, el 5 de mayo de 2000, y a Skandia Pensiones y Cesantías S.A., el 8 de octubre de 2002.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación al fondo de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que

realizó la demandante, adicionando que la devolución incluye los gastos de administración.

Finalmente, en cuanto al reparo realizado por la parte actora en lo relacionado a la no condena en costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso. En consecuencia, se habrá de revocar el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia para en su lugar condenar en costas a las demandadas.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA CONSULTA proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de septiembre de 2022, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración al afiliado

SEGUNDO: REVOCAR EL NUMERAL CUARTO DE LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de septiembre de 2022, para en su lugar condenar en costas a las demandadas.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **LUZ NELLY RODRIGUEZ CORREDOR** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 029 2020 00285 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., el 10 de noviembre de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por el apoderado de la parte demandante y demandada.

El apoderado de Colpensiones, expuso en sus alegaciones, que a la señora Luz Nelly Rodríguez Corredor, le fue reconocida una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez mediante Resolución No. GNR 58997 del 26 de febrero de 2014, por lo que la entidad se encuentra en proceso de recuperación de ciclos del régimen subsidiado que fueron devueltos al Estado, adujó, que no se cuenta con la información pertinente dentro de la historia laboral para realizar el reconocimiento de la pensión de vejez, puesto que se constata un total de tan solo 454,29 semanas cotizadas.

A su turno, el apoderado de la parte demandante, frente a la inconformidad planteada por la parte demandada en el recurso de alzada presentado, señaló que es procedente la condena en intereses moratorios, sin importar la buena o mala fe del deudor, dado que el reconocimiento de la pensión de vejez se realizó bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y de conformidad con lo que ha dejado sentado la CSJ, en cuanto estos proceden no solo cuando se adeudada la totalidad de las mesadas pensionales, sino también ante saldos, reajustes o reliquidación de la misma.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se ordenara el reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y para el efecto, se condenara al pago del

retroactivo pensional a partir del 30 de septiembre de 2019, junto con la mesada adicional, intereses moratorios, y, costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones mencionó que nació el 1 de julio de 1948; que se encuentra afiliada como cotizante a Colpensiones en los riesgos de invalidez, vejez y muerte; que el 5 de noviembre de 2013 solicitó ante la demandada el reconocimiento de su pensión de vejez, la cual fue negada mediante Resolución No. GNR 302895 del 14 de noviembre de 2013, por no acreditar el requisito de semanas cotizadas; que el 13 de enero de 2014, la demandante solicita el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, siendo ordenada la misma, mediante Resolución No. GNR 58997 del 26 de febrero de 2014; que a la fecha no ha cobrado la indemnización sustitutiva concedida, al no estar de acuerdo con esta; que, para el 26 de febrero de 2014, la demandante tenía 1.026 semanas cotizadas, por lo que nuevamente el 19 de mayo de 2014, solicito el reconocimiento pensional; que la demandada negó la prestación pensional mediante Resolución No. GNR 28991 del 20 de agosto de 2014; que contra la decisión presento los recursos correspondientes, los cuales fueron resueltos por Colpensiones, confirmando la decisión inicial; que posteriormente, presentó en el año 2016 y el 7 de octubre de 2019, solicitud de reconocimiento pensional, las cuales fueron igualmente, negadas; y, que ha seguido cotizando en pensión y salud, contando al 30 de septiembre de 2019, con un total de 1.304 semanas y 71 años de edad.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 13, 48, 49 y 53 de la Constitución Política de Colombia, así como los artículos 33 y 141 de la Ley 100 de 1993, y 365 y 366 del Código General del Proceso; y, por último, trajo a colación la sentencia C-546 de 1992.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, con sustento en que a la señora Luz Nelly Rodríguez Corredor, le fue reconocida una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez mediante Resolución No. GNR 58997 del 26 de febrero de 2014, y por consiguiente, la entidad se encuentra en proceso de recuperación de ciclos bajo régimen subsidiado que fueron devueltos al estado, y en tal sentido, no cuenta con la información pertinente dentro de la historia laboral para realizar el reconocimiento de la pensión de vejez, al constatar un total de 454,29 semanas cotizadas, las cuales resultan insuficientes para serle reconocida la pensión de vejez de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de mérito, las que denomino: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de noviembre 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que la señora LUZ NELLY RODRÍGUEZ CORREDOR, tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar la pensión de vejez a la demandante LUZ NELLY RODRÍGUEZ CORREDOR, a partir del 1 de octubre de 2019 con un valor de mesada inicial de un (1) SMLMV, y por trece mesadas al año.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a **COLPENSIONES** pagar a la demandante LUZ NELLY RODRÍGUEZ CORREDOR, la suma de **veintidós millones novecientos ochenta y un mil cuarenta y siete pesos ($22.981.047)**, por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 1 de octubre de 2019 al 31 de octubre de 2021, quedando autorizada la entidad pensional para descontar de dicha cifra lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar a la demandante LUZ NELLY RODRÍGUEZ CORREDOR, intereses moratorios sobre las sumas adeudadas, a partir del 7 de febrero de 2020 y hasta cuando se verifique el pago de las mismas.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.*
>
> ***SEXTO: CONCEDER** el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del CPT y SS.*
>
> ***SÉPTIMO:** Costas de la instancia como se dijo en la parte motiva de esta sentencia."*

Como fundamento de su decisión argumentó que en cuanto a los derechos pensionales, las entidades administradoras deben tener un comportamiento coherente entre su actuar y las decisiones que emiten a través de sus actos administrativos, ello, bajo el *principio de confianza legítima,* sin que puedan de forma intempestiva cambiar sus posiciones (SL4041-2021), lo anterior, por cuanto indicó que se evidenciaba la falta de congruencia en los actos

administrativos emitidos en respuesta de las solicitudes presentadas por la actora ante la entidad, precisó que a la petición pensional inicial presentada, se le indicó a la actora, que no cumplía con los semanas para hacerse acreedora a la prestación pensional, encontrándose a cortas de poder obtener la misma con ocasión del caudal de semanas cotizadas para dicha dada, que posteriormente, Colpensiones autoriza el pago de la indemnización sustitutiva, (valor que no fue reclamado por la actora) y devolvió el subsidio de Colombia Mayor Prosperar al Estado, pese a que la actora continuo cotizando y absteniéndose a conceder la prestación aun acreditando la totalidad de semanas, procediendo finalmente la entidad de abstiene de reconocer el derecho pensional por causas ajenas a la afiliada.

Acto seguido, verifico el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, advirtiendo que la actora contaba con un total de 1.304 semanas cotizadas y con más de los 57 años de edad, por consiguiente, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios de las mesadas pensionales dejadas de cancelar.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones, sustentó el recurso de apelación presentado en contra del numeral cuarto de la decisión, para que se absuelva a la entidad del pago de los intereses moratorios de las mesadas pensionales adeudadas, puesto que indicó que la entidad actúo en derecho, conforme

lo ordenado en el Decreto 3371 de 2007, esto es, realizando la devolución de saldos al Estado, y dado que dicha condena, representa una afectación a la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente el reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de Ley 797 de 2003, así como si resulta atendible el pago de los intereses moratorios solicitados.

En primer lugar, resulta pertinente señalar que no existe controversia en: i) que la actora nació el 1 de julio de 1.948, por lo que arribó a los 57 años de edad, el mismo día y mes de 2003, ii) que mediante Resolución No. GNR 302895 del 14 de noviembre de 2013 se niega el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, indicando que la señora Rodríguez Corredor no acredita los requisitos mínimos de edad y semanas cotizadas (65 años de edad y 992 semanas); iii) que mediante Resolución No. GNR 58997 del 26 de febrero de 2014, Colpensiones reconoce y ordena el pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor de la señora Luz Nelly Rodríguez Corredor, en cuantía de $3.549.558; iv) que mediante Resolución No. GNR 289991 del 20 de agosto de 2014, la demandada resuelve negar la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez,

indicando que no acredita los requisitos para ello; v) que mediante Resolución No. GNR 66252 del 7 de marzo de 2015, rechaza el recurso de apelación presentado en contra de la Resolución No. GNR 289991 del 20 de agosto de 2014 y niega el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, teniendo en cuenta que no logró acreditas los requisitos de semanas de cotización para acceder a ella; vi) que mediante Resolución No. GNR 311231 del 9 de octubre de 2015, resolvió el recurso de reposición interpuesto y resolvió confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución No. GNR 66252; vii) que mediante Resolución No. VPB 3454 del 25 de enero de 2016, Colpensiones niega el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por no reunir el requisito de semanas de cotización (1.121 semanas), viii) que mediante Resolución No. GNR 103760 del 13 de abril de 2019, Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada, señalando que no logro acreditar los requisitos de semanas de cotización; iv) que mediante Resolución No. SUB 99126 del 27 de abril de 2020, indicando que la actora acredita un total de 458 semanas; x) mediante Resolución No. SUB 126822 del 11 de junio de 2020, confirma Resolución No. SUB 99126 del 27 de abril de 2020.

Ahora bien, como la controversia radica en que se aduce que la actora es beneficiaria de la prestación pensional con fundamento en lo señalado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a efectos de determinar si procede o no la misma, se entrara a analizar si la demandante acreditaba o no el cumplimiento de los requisitos para la obtención de esta.

En primer lugar, resulta pertinente acudir a la norma que contempla la pensión de vejez solicitada a efectos de establecer los requisitos que deben acreditarse para el reconocimiento de la misma, así, se tiene que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de Ley 797 de 2003, establece:

> ***"ARTÍCULO 33. Requisitos para Obtener la Pensión de Vejez.*** *Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
>
> 1. *Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta 60 años de edad si es hombre.*
>
>   A *partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
>
> 2. *Haber cotizado un mínimo de 1.000 semanas en cualquier tiempo.*
>
>   *A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*
>
> ***PARÁGRAFO 1.*** *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrán en cuenta:*
>
> *a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;*
>
> *b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;*
>
> *c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.*
>
> *d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.*
>
> *e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.*
>
> *En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según*

el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

(…)"

Bajo los presupuestos legales traídos a colación y verificado el asunto, advierte la Sala que la demandante nació el 1 de julio de 1.948, por lo que arribó a los 57 años, el mismo día y mes de 2003 (Pág. 15, Documento 01, Exp. Digital), cumpliendo así con el ***primer requisito*** exigido; ahora, frente al ***segundo requisito***, adviértase que la negativa de la demandada se fundamenta en los siguientes argumentos, mediante Resolución No. SUB 99126 del 27 de abril de 2020, Colpensiones, señaló: "… *que esta entidad se encuentra en proceso de recuperación de los ciclos que fueron devueltos al estado, por el reconocimiento de la Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez mediante Resolución No. GNR 58997 de 26 de febrero de 2014, razón por la cual, hasta tanto no se hayan recuperado las semanas de devolución al estado, y se vean reflejadas en su historia laboral, la prestación reclamada será negada a través del presente acto administrativo*."

Precisado lo anterior y toda vez que se cuestiona la no inclusión de unos periodos de cotización para la determinación de la prestación pensional resulta pertinente acudir al reporte de semanas cotizadas actualizado al 26 de mayo de 2021 (Documento 008 – GRP-SCH-HL-

66554443332211_1992-20210526085222.PDF), como quiera que este es el que coincide con el acumulado de semanas, señalado en los últimos actos administrativos expedidos ante el trámite del reconocimiento de la pensión de vejez, de la cual se advierte lo siguiente: i) que acredita un total de 454.29 semanas por el lapso comprendido entre el 01/12/1969 al 30/09/2019, y ii) que por el periodo comprendido entre el 1996-04 a 2013-06 registra "*Valor del subsidio devuelto al Estado por Decreto 3771*".

Al respecto, debe destacarse que mediante Decreto 3771 de 2007, se reglamentó la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional, compilado actualmente en el Decreto 1833 de 2016, siendo necesario señalar que de lo establecido en el artículo 2.2.14.1.1. se extracta que el fondo dentro de sus subcuentas cuenta con una destinada a subsidiar los aportes al sistema general de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción, luego en el artículo 2.2.14.1.27, frente a los eventos de devolución del subsidio, indicó que es exigible la devolución de los subsidios, entre otras, cuando se reconozcan indemnizaciones sustitutivas de la pensión de vejez o la devolución de aportes.

Descendiendo al caso de marras, reitérese que mediante Resolución No. GNR 58997 del 26 de febrero de 2014, Colpensiones reconoce y ordena el pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor de la señora Luz Nelly Rodríguez Corredor, en cuantía de $3.549.558.

Así las cosas, se encuentra que si bien las explicaciones rendidas por Colpensiones, en principio, justifican la sustracción de los ciclos en mención de la historia laboral de la promotora del proceso, lo cierto es que dicha circunstancia por sí misma, no resulta suficiente para no contabilizarlos a favor de la señora Rodríguez Corredor, por cuanto de igual forma, ha de reiterarse, que la actora no aceptó ni reclamo la citada indemnización sustitutiva, pues contrario a ello se observa que continuó efectuando cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensión, tan es así, que obra dentro del expediente administrativo, Historia Laboral, de data 07 de octubre de 2019 (Documento 008 - GRP-SCH-HL-2019_13552655-20191007021653.PDF), en el cual se acredita un total de **1.304 semanas** por el lapso comprendido entre el 01/12/1968 al 31/08/2019, por lo que se concluye que la demandante tiene cuenta con el caudal de semanas requerido como lo estableció la *a quo*, de manera que la afiliada si reúne las condiciones previstas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la prestación pensional que consagra dicha norma, en la medida que acredita más de las 1.300 semanas de cotización requeridas.

Ahora bien, el reconocimiento de la prestación será a partir del día siguiente a la última cotización, es decir, el 1 de octubre de 2019 y por 13 mesadas, esto es, a partir del día siguiente de la última cotización, conforme de igual forma así lo determinó la juez de primera instancia; y en tal sentido, se solicitó el apoyo al grupo de liquidadores de la Rama Judicial, que procedió a efectuar las operaciones aritméticas para establecer el valor del retroactivo pensional generado a partir del *1 de octubre de 2019 al 30 de noviembre de 2022*, conforme los cálculos efectuados, y las que se sigan causando, así:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesadas calculadas***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
01/10/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 828.116,00*	*4,00*	*$ 3.312.464,0*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 877.803,00*	*13,00*	*$ 11.411.439,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 908.526,00*	*13,00*	*$ 11.810.838,0*
01/01/22	***30/11/22***	*5,62%*	*$ 1.000.000,00*	*11,00*	*$ 11.000.000,0*
Total retroactivo				***$ 37.534.741,00***	

Así mismo se autoriza a la demandada a descontar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, generados desde el momento en que se causó la mentada prestación económica, de conformidad con lo previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, se procederá a modificar el numeral tercero de la decisión de primera instancia, aclarando que no constituye una reforma en perjuicio, si no una actualización del valor de las mesadas causadas hasta el 30 de noviembre de 2020, por lo que se hará en el sentido de indicar que el

retroactivo pensional corresponde a la suma de $37.534.741 al 30 de noviembre de 2022.

Respecto al pago de intereses moratorios, conviene recordar que nuestro órgano de cierre, en sentencias como la SL4300-2021, ha señalado que los intereses moratorios, deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe del deudor y de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, pues lo que buscan es reparar un perjuicio ante la falta de pago total o parcial de la mesada pensional, no obstante, existen salvedades que exoneran de su imposición cuando se circunscriben a razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido.

Sin embargo, es claro que en este caso no se presentaba ninguna de las salvedades aludidas pues no resultó suficiente la razón por la cual Colpensiones no tenía en cuenta el total de semanas cotizadas por la actora como se explicó antes, por lo que no existía justificación para la negativa, en consecuencia, como el inciso final del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que *"Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses (…)"* y toda vez que en el caso bajo análisis se tiene que la actora presentó solicitud de reconocimiento pensional el 7 de octubre de 2019 (Pág. 72 – Documento 001), por lo que los 4 meses que se tenía para emitir el acto administrativo correspondiente se cumplieron el 6 de febrero de 2020, de modo que los intereses

moratorios en este asunto empezaron a correr desde el 7 de febrero de 2020 y hasta el momento en que se verifique el pago, razón por la cual se procederá a confirmar el numeral cuarto de la sentencia en el sentido de ordenar el pago de intereses moratorios.

Costas a cargo de la parte demandada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., de fecha 10 de noviembre de 2021, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar a la demandante **LUZ NELLY RODRÍGUEZ CORREDOR**, la suma treinta y siete millones quinientos treinta y cuatro mil setecientos cuarenta y un pesos m/cte ($37.534.741), por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 1 de octubre de 2019 al 30 de noviembre de 2020.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., de fecha 10 de noviembre de 2021, atendiendo las razones expuestas en la presente decisión.

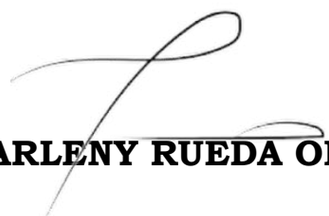
TERCERO: COSTAS en las dos instancias a cargo de la demandada Colpensiones.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de $400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUIS ALFONSO CARRILLO GARZON contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

RADICADO: 110013105 039 2020 00325 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Porvenir S.A, Colfondos S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de junio de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, argumenta que se debe tener en cuenta que no estamos frente a un contrato nulo, pues el demandante escogió de manera libre, y voluntaria el régimen el cual quería estar afiliado. Así mismo tenemos que para el caso del demandante, se encuentra dentro de la prohibición legal del art 36 de la ley 100 de 1993, que impide el traslado dentro de los fondos cuando les falte 10 años o menos para la edad de pensión, que la reclamación elevada a Colpensiones la realizó para el año

2020, fecha en la cual solicitó ante Colpensiones su traslado, contaba con más de 61 años, en razón a que nació el día 12 de Julio de 1959.

PORVENIR S.A., argumenta que el actor realizó su afiliación a la AFP Porvenir S.A. de manera informada, libre, voluntaria y consciente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento una documental que, debidamente estructurada, figura en los términos de ley como medio probatorio de la libertad de afiliación y el consentimiento informado de la parte demandante; más aún, si se tiene en cuenta que, tal y como se evidencia del interrogatorio de parte rendido, el demandante admitió haber recibido, previo a su afiliación, una asesoría verbal por parte de los promotores comerciales de la AFP quienes brindaron información respecto de las características y beneficios que ofrecía el régimen al que pretendía su traslado, y sin que en ningún momento indicara que hubiere sido coaccionado a la suscripción del respectivo formulario de solicitud de vinculación por parte de su empleador ni de un tercero.

I. ANTECEDENTES

El señor Luis Alfonso Carrillo Garzón, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., Colfondos S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a las AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que desde el 2 de diciembre de 1983 hasta el 8 de octubre de 1986 laboró al servicio del Departamento del Meta, realizando cotizaciones para pensión con destino al Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Meta. Que laboró al servicio de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Villavicencio, realizando aportes para pensión, con destino a la Nación, desde el 21 de febrero de 1989 hasta el 4 de mayo de 1992. Que laboró al servicio de la Fiscalía General de la Nación Seccional Villavicencio, realizando aportes para pensión con destino a la Nación, desde el 1 de septiembre de 1992 hasta el 28 de febrero de 1997.

Que fue trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante formulario de afiliación diligenciado el 28 de febrero de 1997.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20, 48, 53 de la Constitución Política; el literal b) e) del artículo 13, artículos 271 y 272 de la Ley 199 de 1993; artículo 97 numeral 1, artículo 98 numeral 4 del Decreto 663 de 1993; artículo 4 del Decreto 656 de 1994; artículo 11 inciso 4 del Decreto 692 de 1994; artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994; Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Bancaria; sentencias SL radicados 31989 y 31314 de 2008, SL radicado 33083 de 2011, SL 19447 de 2017, SL 1452 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP (s) o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante. Propuso entre otras las excepciones de 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.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen pensional del demandante fue completamente válido. En lo que corresponde al deber de información, es de resaltar que Porvenir S.A le informó al demandante, entre otras cosas, sobre el régimen de transición, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual (110% del valor del salario mínimo y sometida a la realización de

un cálculo actuarial); que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales, a su cuenta; que tendría derecho a bono pensional, si había aportado 150 semanas dentro de los tres años anteriores al traslado de régimen pensional, y que su vinculación al Régimen de Ahorro Individual era completamente voluntaria. Propuso entre otras 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.

Colfondos S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que si brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Propuso entre otras 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 de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de junio de 2022, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor LUIS ALFONSO CARRILLO GARZÓN del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 01 de marzo de 1997 a través de la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media, situación que se aplica a todas las demás afiliaciones que se hicieron al interior del régimen de ahorro individual declarándose la ineficacia de las mismas, esto es la afiliación que se realizó de PORVENIR S.A. a COLFONDOS S.A., como se explicó en la parte motiva.*

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, esto es, desde el 01 de marzo de 1997 hasta el 31 de mayo del 2005, teniendo en cuenta que los dineros de HORIZONTE hoy están en cabeza de PORVENIR S.A., (éstas últimas debidamente indexadas, como se dijo en la parte motiva), y, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la COLFONDOS S.A a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas ultimas debidamente indexadas), y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en los numerales segundo y tercero, y que reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

SEXTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones judiciales en contra de PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz.

SÉPTIMO: CONDENAR a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de $2.000.000, las cuales se deberán pagar por parte iguales.

OCTAVO: ORDENAR la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a COLPENSIONES."

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicados 31989 de 2008, 1452 de 2019, 1688 de 2009, al señalar en primer lugar que en relación a la decisión libre y voluntaria estipulada en el artículo 13 del literal b de la Ley 100 de 1993, al momento de firmar el formulario de afiliación se debe dar una información suficiente y trasparente sobre las características ventajas, desventajas y efectos de trasladarse a los regímenes, además de ello, señalo que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones de conformidad al artículo 1604 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación al considerar que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la jurisprudencia no se puede aplicar de una manera homogénea, en efecto debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para la AFP no se da en el presente asunto, pues el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de una manera voluntaria, sin presión e informada, esto conforme a la normatividad vigente para la época del traslado. Así mismo, Porvenir S.A ha actuado de buena fe objetiva pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen, en ese sentido no existen razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual el demandante se trasladó de régimen pensional, pues antes de adoptar la decisión recibió una información suficiente sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del régimen, suscribió el formulario de afiliación el cual cumplía con los requisitos de ley y manifestó que la realizó de una manera libre y voluntaria. Por otro lado, en lo que respecta al traslado de las sumas correspondientes a los gastos de administración debe decirse que dichos montos tienen por mandato legal una destinación específica, lo cual se cumplió debidamente, de tal suerte que dichas sumas ya fueron invertidas en la forma que exige la ley y no se encuentran en poder de Porvenir S.A, pues como se recuerda, fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de estos recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante. Esta devolución de los gastos de administración resulta improcedente de acuerdo al concepto de la Superintendencia Financiera. En cuanto a las agencias de derecho, debe desestimarse la ineficacia del traslado de régimen pensional y por consiguiente no habrá lugar a imponer dichas agencias en contra de Porvenir S.A.

La apoderada de COLFONDOS S.A., interpuso recurso de apelación frente a la condena de devolver todos los conceptos de manera indexada. Adujo que con los rendimientos generados por Colfondos S.A. durante el periodo que administró los recursos del actor fueron superiores a los que habría podido generarse en el Régimen de Prima Media si el demandante

siempre hubiera permanecido en dicho régimen, quedó más que compensado este concepto, además que el mismo no fue solicitado en la demanda ni en la contestación ni incluido en la fijación del litigio, por tanto la condena en este sentido desconocería el principio de consonancia y congruencia de la sentencia, así pues, comportaría violación al derecho de defensa y el debido proceso. Además, esta condena implicaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones por lo que no es pertinente la indexación de estas sumas por parte de Colfondos S.A, ya que al día de hoy produce unos rendimientos mínimos que evitan o compensan la pérdida del poder adquisitivo.

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en el sentido que es un tercero en el litigio quien nada tuvo que ver previo, durante y posterior a la afiliación realizada por el demandante, en razón a como se dijo, éste no pertenecía al Instituto de Seguros Sociales y tampoco nunca intentó afiliarse al Régimen de Prima Media ni con el ISS ni con Colpensiones, razón esta suficiente para determinar su vocación de permanencia dentro del Régimen de Ahorro Individual desde el año 1997 hasta la fecha. Si el demandante hubiere pertenecido al Régimen de Prima Media no hubiese recibido los aportes, por la manera como se distribuyen los aportes de un fondo entre otro son completamente diferentes, mientras que en el Régimen de Ahorro Individual existen emolumentos adicionales, en el Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones simplemente hubiese tenido los aportes que los afiliados vienen cotizando mes a mes, es esta una de las razones que demuestra que el aquí demandante se ha venido beneficiando del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, además hay que tenerse en cuenta que cuando una persona cotiza no solamente lo hace para los riesgos de vejez sino también para los riesgos de invalidez y muerte, y en caso que hubiese ocurrido alguno de los anteriores hechos, las AFPs en las que hubiere estado afiliado en el momento habrían tenido que cubrir estos riesgos, razón suficiente que demuestra que se ha venido beneficiando del régimen. Además, si se devolviera las cosas al estado original como lo prevé la ineficacia, primero no tendría que ser Colpensiones quien tenga que recibir la devolución de los gastos de administración sino que además solamente se le habría obligado a devolver los aportes y no los demás emolumentos, pues nunca hubiesen nacido tampoco. Respecto al principio de sostenibilidad financiera, establecido en el artículo 48 de la Constitución

Política, se está generando una descapitalización al sistema general de pensiones pues se estaría financiando una pensión a alguien que nunca estuvo afiliado al ISS o a Colpensiones y que, además, no es beneficiario del régimen de transición. Así mismo solicita absolverla de las costas y agencias de derecho.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de

recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar***

> ***un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A, el 28 de febrero de 1997.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017, Sl 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 1 de junio de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA LUCIA OVIEDO FRANCO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 039 2020 00465 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al Doctor SANTIAGO BERNAL PALACIOS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1016035426 y tarjeta profesional No. 269922 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de la parte Porvenir S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de agosto de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que la afiliación de la actora se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de afiliación suscrito, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, precisó que en la asesoría realizada se tuvo la oportunidad de conocer y entender el funcionamiento y particularidades del sistema, sin que hubiera manifestado la actora cualquier clase de inquietud u objeción.

La apoderada de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia proferida en primera instancia al considerar el presente caso se ajusta a las consideraciones establecidas por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, toda vez que quedo demostrado que el fondo privado omitió su deber de información, teniendo la obligación de brindarla.

Finalmente, COLPENSIONES manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esta en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el articulo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo, así como tampoco se encuentra frente a un error sobre un punto de derecho que no tenga fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico celebrado ente la demandante y Porvenir S.A., por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP trasladar a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes, rendimientos y valores cobrados por administración.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 6 de diciembre de 1960; que desde el 5 de enero de 1983 empezó a cotizar al Sistema General de Pensiones administrado por el Instituto de los Seguros Sociales; que en agosto de 2001 se trasladó a Porvenir S.A; sin que el asesor de dicho fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su derecho pensional.

Como fundamento normativo, citó el articulo 74 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el articulo 114 de la Ley 100 de 1993. las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados N° 31314 de 2008, 31988 de 2008, 33803 de 2011 y 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que el traslado que realizó la demandante a la AFP goza de completa validez, dado que se informó acerca de las características, ventajas y desventajas del RAIS para que la misma tomara una decisión libre y voluntaria. 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.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que la afiliación al RAIS es plenamente valida, toda vez que no obra dentro del expediente prueba alguna de que se le hubiera hecho incurrir a la actora en error falta del deber de información o que se esté en presencia de un vicio en el consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada, no procedencia del pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 31 de agosto de 2022, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora MARTHA LUCÍA OVIEDO FRANCO del régimen de prima media al régimen de ahorro a través de PORVENIR S.A. y cuyo formulario fue firmado el 13 de agosto de 2001, fue ineficaz y por ende no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó el régimen de prima media.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, así como los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de*

pensión mínima, estos debidamente indexados tal y como se explicó al momento de las consideraciones.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que trata el numeral anterior y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas.

QUINTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que podrá acudir a las acciones judiciales en contra de PORVENIR S.A. para obtener los eventuales perjuicios que se puedan causar por la ineficacia

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A., dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de dos millones de pesos ($2.000.000), se exonera a COLPENSIONES de este pago teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el acápite respectivo.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión por cuanto esta sentencia tiene órdenes a cargo de COLPENSIONES."

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicados 31989 de 2008, 1452 de 2019, 1688 de 2009, al señalar en primer lugar que en relación a la decisión libre y voluntaria estipulada en el artículo 13 del literal b de la Ley 100 de 1993, al momento de firmar el formulario de afiliación se debe dar una información suficiente y trasparente sobre las características ventajas, desventajas y efectos de trasladarse a los regímenes, además de ello, señalo que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones de conformidad al artículo 1604 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, al considerar que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante se traslado al RAIS, en virtud de que la actora suscribió el formulario de afiliación el cual cumplía con los requisitos de ley que fue aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia; también quedo probado en el proceso que la demandante sostuvo un encuentro con un asesor de Porvenir que brindo una asesoría verbal; por otro lado preciso que en lo referente a la condena de devolver gastos de administración y seguros previsionales de forma indexada se aparta de dicha condena, toda

vez que no resuelta coherente que se aplique la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no, precisó que la AFP ha actuado como un agente de oficio involuntario en los términos establecidos por los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, por lo que se debe realizar las compensaciones mutuas a que tenga lugar, indicó que frente a los seguros previsionales de invalidez y muerte son dineros que ya no se encuentran en poder de la entidad, en virtud de que fueron trasladados a las respectivas aseguradoras. En consecuencia, solicitó se revoque la decisión proferida.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al señalar que el traslado que realizó la demandante a Porvenir, no se incurrió en una prohibición legal toda vez que se efectuó en los términos del articulo 13 de la Ley 100 de 1993 ,del Decreto 692 de 1994 y de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en la primera etapa de la asesoría, precisó que de Conformidad a lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil en lo referente a que las negaciones indefinidas son de imposible probanza, por lo que no puede darse dicha carga a los fondos privados; precisó que existe ratificación por voluntad de permanencia toda vez que la actora lleva 21 años en el RAIS y el declararse la ineficacia del traslado se estaría generando un desequilibrio financiero en el sistema pensional.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar*

por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 13 de agosto de 2001.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017, Sl 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 31 de agosto de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR WILSON CRUZ CAMARGO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 041 2021 00040 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de la parte Porvenir S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de agosto de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que en el caso particular el traslado de régimen se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicito el traslado suscribiendo el formulario; además de ello el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y la posibilidad de trasladarse una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. En consecuencia, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que no se tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida de que la AFP cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en el momento.

Finalmente, el apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia proferida, al considerar que el fondo de pensiones omitió su deber legal de ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de casa uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por lo que no se dio cumplimiento a los artículos 3, 4, 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó a Porvenir S.A., así como también que legalmente se encuentra afiliado a Colpensiones y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene registrar y activar su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y por consiguiente se condene actualizar en la historia laboral las cotizaciones realizadas en el RAIS.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 17 de marzo de 1961; que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales a partir del 1 de julio de 1979; que el 9 de septiembre de 1999 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo le suministraran la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 3, 4, 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, el articulo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el articulo 3 de la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el articulo 3 del Decreto 2071 de 2015, la Circular Externa 016 de 2016, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados N° 68838 de 2019, 19447 de 2017, 1688 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que una vez revisado el formulario de afiliación y traslado firmados del demandante, suscritos bajo la gravedad del juramento, en los mismos se encuentra la manifestación expresa de que se hizo libre de apremios y de forma voluntaria. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, imposibilidad de condena de costas y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustenta la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 17 de agosto de 2022, el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por WILSON CRUZ CAMARGO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a la AFPPORVENIR S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibirlos dineros provenientes de la AFP PORVENIRS.A., y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.*
>
> *CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
>
> *QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas PORVENIRS.A., y COLPENSIONES, y a favor del demandante, en la suma de un millón de pesos m/cte ($1.000.000).*
>
> *SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.*
>
> *SEPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES"*

Como fundamento de su decisión, argumentó que de conformidad con los artículos 12 y 13 de la ley 100 de 1993, el primero que determina que el sistema general de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes que coexisten, el RAIS y el RPM y el segundo expresa en su literal b que el sistema general de pensiones tendrá como característica que la selección de uno o cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, no obstante en esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario y en caso en que se vea truncado bien sea por la inexistencia de este o por la existencia de un vicio en su producción o por la indebida información o su usencia será susceptible de ineficacia de tal escogencia.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, al considerar que el trasladó que se realizó en el año 1999, fue completamente eficaz, en virtud de que para dicha data se prestó una asesoría de manera verbal, firmando un formulario de afiliación en donde se encuentra la voluntad del afiliado que fue libre y espontanea; indicó que si bien el deber de información ha existido, lo cierto es que el mismo ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial en cuanto a las exigencias de las administradoras, no obstante a la fecha del trasladó considera se está exigiendo más de lo contenido en la normatividad para dicho momento; por otro lado refirió que en lo referente a los dineros que deben devolverse a Colpensiones como gastos de administración no se encuentra de acuerdo, toda vez que lo dineros que debería devolver la AFP con la declaratoria de ineficacia serian los rendimientos que se hubiesen generado en el RPM.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al señalar que una vez cerrado el debate probatorio en el presente proceso se encontró que no se acreditó que el traslado de régimen estuviera viciado de forma alguna, razón por la cual se presume que se efectuó de forma libre y voluntaria por parte del actor de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, manifestando

su voluntad de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual, por otro lado solicitó se revoque la condena en costas, en virtud de que Colpensiones es un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en las decisiones tomadas por el actor, por lo que indicó que declarar la ineficacia conllevaría un detrimento patrimonial y por ende quebrantar la seguridad jurídica del sistema pensional.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de

recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar***

> ***un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 9 de septiembre de 1999.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora y rendimientos, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 17 de agosto de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

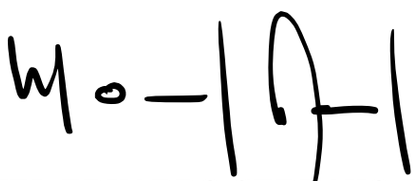
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALBERTO HOLGIN HOLGUIN contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCION S.A.**

RADICADO: 11001 3105 041 2021 00064 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de agosto de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que en el caso particular el traslado de régimen se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicito el traslado suscribiendo el formulario; además de ello el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y la posibilidad de trasladarse una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. En consecuencia, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó a Protección S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP a devolver las cotizaciones o aportes a pensión, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones y por consiguiente se ordene a dicha entidad recibirlo como si nunca se hubiera trasladado.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 21 de marzo de 1964; que desde septiembre de 1991, realizó cotizaciones al Seguro Social; que el 28 de abril de 1994, se trasladó a la AFP Protección S.A., sin que los asesores de dicho fondo le suministraran la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensiona; indicó que el 15 de abril de 2021 solicitó ante Colpensiones la ineficacia del traslado, no obstante el 16 de abril de la misma anualidad fue despachada desfavorablemente.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 58, 83, 150, 271 y 335 de la Constitución Política, los artículos 3, 11, 13, 21, 31, 60,90, 91,97, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el articulo 2 de la Ley 1748 de 2014, el articulo 3 del Decreto 2071 de 2015, el articulo 23 de la Ley 797 de 2003, los artículos 4, 5, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el Código de Procedimiento Civil, los artículos 13,60, 61, 145 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados N° 1452 de 2019, 4964 de 2018, 19447 de 2017, 17595 de 2017, 12136 de 2014, 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó acabo la asesoría, no es menos cierto que la parte actora decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del fondo privado. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad Sui Generis, 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, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de vinculación que suscribió el actor, el cual se efectuó de forma libre y espontanea. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 23 de agosto de 2022, el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por ALBERTO HOLGUIN HOLGUIN del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓNS.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibirlos dineros provenientes de la AFPPROTECCIÓNS.A., y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.*
>
> *CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
>
> *QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas PROTECCIÓNS.A., y COLPENSIONES, y a favor del demandante, en la suma de un millón de pesos m/cte ($1.000.000).*
>
> *SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.*
>
> *SEPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES."*

Como fundamento de su decisión, argumentó que de conformidad con los artículos 12 y 13 de la ley 100 de 1993, el primero que determina que el sistema general de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes que coexisten, el RAIS y el RPM y el segundo expresa en su literal b que el sistema general de pensiones tendrá como característica que la selección de uno o cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, no obstante en esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario y en caso en que se vea truncado bien sea por la inexistencia de este o por la existencia de un vicio en su producción o por la indebida información o su usencia será susceptible de ineficacia de tal escogencia.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al señalar que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendido como que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado, el cual tiene efectos inter partes y por tanto no puede ser ni favorecido ni perjudicado con la decisión adoptada; toda vez que la declaratoria de ineficacia afecta la estabilidad financiera del sistema, por otro lado indicó que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal para trasladarse de régimen pensional en el momento que realizó la solicitud ante Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales

citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Colpatria S.A hoy Porvenir S.A., el 3 de junio de 1998.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de agosto de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ANDRES SANCHEZ TURRIAGO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 041 2021 00209 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de la parte Porvenir S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de julio de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que en el caso particular el traslado de régimen se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicito el traslado suscribiendo el formulario; además de ello el articulo 2 de la Ley 797 de 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y la posibilidad de trasladarse una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. En consecuencia, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alego y menos probó, los eventos previstos en el articulo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado lo que conduce a que dicho acto goce de plena validez.

Finalmente, el apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia proferida, al considerar que en la etapa precontractual no se le brindo información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta del señor Andrés Sánchez.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó a Colpatria hoy Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene el regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración, actualización de la historia laboral, al igual que el bono pensional que haya lugar.

Sustento sus pretensiones, en que estuvo afiliada y realizo cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales desde el 13 de abril de 1984 al 5 de junio de 1998; que se traslado al fondo privado Colpatria hoy Porvenir S.A., en el mes de julio de 1998, sin que el asesor de dicho fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Nacional, los artículos 11, 13, 21 , 33, 34, 113, 114, 271, 272 de la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y demás normas que le sean aplicables y concordantes, el articulo 2, y 74 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Decreto 720 de 1994 y el articulo 11 del Decreto 692 de 1994.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el demandante no tiene derecho a la ineficacia del traslado, en virtud de que cuenta con plena validez, toda vez que obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas al fondo privado. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad Sui Generis, 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, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que la vinculación con Colpatria S.A., en el año 1998, fue producto de su voluntad y de la decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 21 de julio de 2022, el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por ANDRÉS SÁNCHEZ TURRIAGO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibirlos dineros provenientes de la AFPPORVENIRS.A., y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.*
>
> *CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, y a favor del demandante, en la suma de un millón de pesos m/cte ($1.000.000).

SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES."

Como fundamento de su decisión, argumentó que de conformidad con los artículos 12 y 13 de la ley 100 de 1993, el primero que determina que el sistema general de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes que coexisten, el RAIS y el RPM y el segundo expresa en su literal b que el sistema general de pensiones tendrá como característica que la selección de uno o cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, no obstante en esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario y en caso en que se vea truncado bien sea por la inexistencia de este o por la existencia de un vicio en su producción o por la indebida información o su usencia será susceptible de ineficacia de tal escogencia.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, al considerar que la ignorancia de la ley no sirve de excusa principio general del derecho que establece una presunción legal de conformidad SU-130 de 2013; por otro lado precisó que en caso de que se confirme la sentencia impugnada se absuelva de la condena de gastos de administración en virtud de que son dineros descontados como consecuencia de la buena administración que se ejerció sobre el capital de la cuenta de ahorro individual del actor, que se vio materializado con los rendimientos generados, por lo que tal decisión se genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, resalto que tales descuentos también se realizan en el RPM, son emolumentos que no forman parte integral de la pensión de vejez y están sujetos al fenómeno de la prescripción.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al señalar que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendido como que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado, el cual tiene efectos inter partes y por tanto no puede ser ni favorecido ni perjudicado con la decisión adoptada; toda vez que la declaratoria de ineficacia afecta la estabilidad financiera del sistema.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional,

cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter*

exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Colpatria S.A hoy Porvenir S.A., el 3 de junio de 1998.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

> *"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos*

normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 21 de julio de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

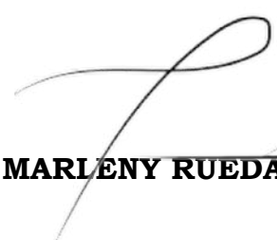
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **SANDRA PATRICIA BERNAL FUENTES** CONTRA **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES - UGPP**

RADICADO: 11001 3105 026 2019 00295 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Se tiene por reasumido el poder por parte del abogado Carlos Arturo Orjuela Góngora, como apoderado judicial de la Unidad Administrativa Especial de la Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, en los términos del poder a el conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de noviembre de 2021. La sentencia de primera instancia declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado de la UGPP, en los que indicó que la entidad encargada para el estudio de la pensión de sobrevivientes reclamada era la ARL Positiva por cuanto la UGPP no tenía la capacidad para actuar en estos casos, debido a que no era competente del reconocimiento y pago de los derechos pensionales a cargo de las entidades frente a las que aún no había recibido la función pensional y la defensa judicial, solicitando por tanto confirmar la decisión de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se condenará a la UGPP al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su favor con ocasión del fallecimiento del señor Ariel Fermín Barrera Silva, a partir del 26 de marzo de 2009, al pago de las sumas debidamente indexadas, al pago de intereses moratorios, a lo que resulte conforme a las facultades ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que convivió en unión marital de hecho con el señor Ariel Fermín Barrera Silva de manera permanente e ininterrumpida por mas de 10 años hasta el 26 de marzo de 2009, cuando este falleció producto de un accidente de trabajo; que de dicha unión se procreó un hijo; que se presentó a Positiva a reclamar la pensión de sobrevivientes en nombre propio y en representación de su menor hijo, no obstante, Positiva mediante Resolución No. 03017 del 11 de mayo de 2010, solo reconoció la prestación en favor del menor Kevin Andrés Barrera Bernal y le negó el derecho por no demostrar la convivencia entre la pareja y que la UGPP mediante acto administrativo ADP 002137 del 26 de marzo de 20019, se pronunció frente a la solicitud en forma negativa argumentando falta de competencia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP contestó oponiéndose a las pretensiones, acepto algunos hechos y refirió que no le constaban otros. El fundamento fáctico y legal de su contestación radicó en que la prestación reclamada no se encontraba a cargo de esa entidad, siendo que la competencia otorgada a la Unidad fue dada por la Ley 1753 de 2015, en su artículo 80 y reglamentada en el Decreto 1437 de 2015, en su artículo 1, resaltando que en su oportunidad el artículo 4° del Decreto 600 de 2008, ordenó la celebración de un convenio entre el ISS, La Previsora S.A. Compañía de Seguros de Vida y la Nación representada por los Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, con el fin de ceder el negocio

de los riesgos profesionales del primero a la segunda y en ese sentido mediante Resolución No. 1293 del 13 de agosto de 2008, se aprobó la cesión de activos, pasivos y contratos del ISS afectos a su actividad como administradora de riesgos profesionales a favor de la Previsora Vida S.A., fecha hasta la que se pudieron causar en el ISS las pensiones de invalidez por riesgos profesional que eran administradas por la UGPP.

En ese orden, señala que no era la competente para resolver la solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 03017 del 11 de mayo de 2010, proferida por ARL Positiva, por lo que remitió toda la documentación allegada a la ARL Positiva para lo de su competencia y por tanto no había derecho al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes como lo solicitaba la actora y no había vulneración alguna por la UGPP. Propuso las excepciones de mérito que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, sobre la indexación, no pago de los intereses moratorios, imposibilidad de condena en costas y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de noviembre del 2021, el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO**: DECLARAR probada la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva, y por ende se ABSUELVE a UGPP de las pretensiones planteadas en el escrito de demanda, conforme se expuso.*
>
> ***SEGUNDO:** COSTAS. sin costas en esta instancia.*

> ***TERCERO:*** *En caso de no ser objeto del recurso de apelación la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante.*

Como fundamento de la anterior decisión, en síntesis, el juzgado señaló que atendiendo lo expuesto en el Decreto 600 de 2008, Resolución No. 1293 del 2008, Ley 1753 de 2015 y Decreto 1437 de 20015, las pensiones causadas en el ISS antes la de la cesión de activos y pasivos del ISS a la Previsora hoy Positiva Compañía De Seguros que se hizo a partir efectiva a partir del primero de septiembre del 2008, eran las únicas que estaban a cargo de la UGPP.

Igualmente, indicó que si bien el causante inicialmente se encontraba afiliado a la ARL del ISS, lo cierto era que para el momento del accidente de trabajo en el que perdió la vida (26 de marzo de 2009), ya había operado la cesión de ARP a la Previsora y dado que no se causó la prestación mientras estuvo afiliado a la ARP del ISS sino por el contrario este hecho ocurrió en vigencia de la afiliación a la Previsora hoy Positiva S.A., le correspondía a esa entidad pronunciarse frente al derecho pensional solicitado, ya que solo a partir del 30 de junio de 2015, las pensiones que estaban a cargo de Positiva cuyos derechos fueron causados en el ISS serían administrados por la UGPP, aludiendo que en los casos de pensión de sobrevivientes las normas que la regulan se sujetan a la fecha en que ocurrió el deceso y toda vez que el mismo ocurrió con posterioridad a la cesión de ARL a la previsora, es decir, en vigencia de la cobertura por LA Previsora Hoy Positiva le correspondía a esta entidad asumir la solicitud de reconocimiento prestacional, por lo que declaró

probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si a la demandante le asistía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a cargo de la UGPP.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en que el señor Ariel Fermín Barrera Silva, falleció el 26 de marzo de 2009, producto de un accidente de trabajo y que mediante Resolución No. 03017 del 11 de mayo del 2010 Positiva Compañía de Seguros reconoció pensión de sobrevivientes a favor del menor Kevin Andrés Barrera Bernal hijo de la aquí demandante y del causante, acto administrativo del que se desprende que quienes se presentaron a reclamar el derecho fueron la aquí demandante en representación del menor y la madre del causante.

Precisado lo anterior y como quiera que en el caso objeto de análisis se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva considerando que la UGPP no era la obligada al análisis ni reconocimiento de la obligación pensional aquí reclamada, se abordara este análisis

Evidenciando los fundamentos expuestos por las partes en la demanda y en la contestación de la demanda, conviene

recordar que con la expedición de la Ley 100 de 1993, se instauró el sistema de seguridad social integral en nuestro país, conformado por los regímenes generales de pensiones, riegos profesionales (hoy riesgos laborales) y salud, los cuales a su turno estaban conformados por entidades públicas y privadas, quedando así las distintas contingencias cubiertas y administradas por diferentes administradoras.

Bajo el anterior escenario y tratándose del sistema de riesgos laborales se tiene que en su momento el ISS fungió como administrador de riesgos profesionales (hoy ARL) y coexistió con otras administradoras del sector privado.

Igualmente, conviene traer a colación lo expuesto por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en providencia del 17 de noviembre de 2020[1], en donde aludió que con la expedición de la Ley 1151 de 2007, se autorizó a las entidades públicas para asociarse entre sí o con particulares, o para que enajenaran alguno o algunos de los negocios a otras entidades públicas o para que los particulares participaran o invirtieran capital en ellas, a efectos de garantizar la actividad de aseguramiento en pensiones, salud y riesgos profesionales, en virtud de ello, se expidió el Decreto 600 de 2008, a través del cual se ordenó la celebración de un convenio entre el ISS, y La Previsora S. A. Compañía de Seguros de Vida (hoy Positiva Compañía de Seguros S.A.), y la Nación, representada por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social (hoy escindido en los Ministerios de Salud y Protección Social y de

[1] Proceso radicado bajo el No. 11001-03-06-000-2020-00183-00(C).

Trabajo), con el objeto que se cediera el negocio de riesgos profesionales del ISS a la entonces Previsora.

En la providencia citada, también se mencionó que el contrato referido se celebró entre las partes el 13 de agosto de 2008, quedando a cargo de la Previsora S.A. hoy Positiva Compañía de Seguros S.A. realizar las actividades relacionadas con la gestión de administración y pagos de obligaciones pensionales causadas durante la operación que ejerció el ISS en el ramo de riesgos profesionales, luego con la expedición del Decreto 1437 del 30 de junio 2015 (reglamentario del articulo 80 de la Ley 1753 de 2015), ordenó que las pensiones que se hubieren causado en el entonces ISS fueran administradas por la UGPP y pagadas por el Fopep, previo traslado de los recursos por parte de Positiva Compañía de Seguros S.A.

De lo anterior, se colige que la asunción de las prestaciones que haría la UGPP a partir del 30 de junio de 2015, correspondía a las obligaciones pensionales que asumió la Previsora S.A. hoy Positiva Compañía de Seguros S.A. causadas durante la operación que ejerció el ISS respecto de riesgos profesionales.

Ahora bien, verificado el expediente administrativo allegado por la UGPP, se aprecia que en el mismo reposan documentales tales como el contrato de trabajo por duración de una obra o labor determinada suscrito entre la empresa L&T Equipos Ltda. y el causante el 3 de febrero de 2009, registro de afiliación del causante ante Positiva S.A. por el

empleador L&T Equipos Ltda., efectuado el 3 de febrero de 2009 y comprobantes de autoliquidación de aportes efectuados por el empleador L&T Equipos Ltda., lo que nos conduce a considerar que tanto la afiliación al Sistema de Riegos Laborales como el fallecimiento del señor Ariel Fermín Barrera Silva acaecieron cuando el aseguramiento estaba en cabeza de Positiva Compañía de Seguros S.A., por lo que tal ARL era la competente para efectuar el análisis pensional y eventualmente proceder con el reconocimiento pensional, situación que como lo señaló la juzgadora de primera instancia se corrobora incluso con el hecho que el reconocimiento pensional efectuado en favor del hijo de la actora y el causante se realizó por tal compañía.

En ese orden de ideas y como la demanda se direccionó en contra de la UGPP, quien conforme a lo antes enunciado no tenia a su cargo tales obligaciones se procederá a confirmar la decisión.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de diciembre de 2021

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **GUILLERMO BOYACEN FORIGUA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 022 2018 00434 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de marzo de 2021 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. La sentencia

impugnada condenó al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor del actor y el recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión y se absuelva de las condenadas efectuadas.

En esta instancia se recibieron los alegatos remitidos por Colpensiones, quien trajo a colación lo dispuesto en la Sentencia SL 1399-2018 rad. 45779, respecto a la convivencia efectiva, también resaltó que Colpensiones adelantó la investigación COLCO-53250 iniciada el 21 de junio de 2017 y finalizada el 07 de julio de 2017, en donde se estableció que el señor Guillermo Boyacen Forigua y la señora Felipa Chacón de Boyacen, convivieron desde el 30 de mayo de 1981 hasta el año 2000 aproximadamente, fecha en que se separaron, de acuerdo con lo cual no era procedente el reconocimiento pensional deprecado ya que uno de los elementos fundamentales que permitía reconocer dicha prestación se contraía en acreditar plenamente la convivencia entre el causante y el solicitante por lo menos durante los 5 años anteriores a la fecha de fallecimiento

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que dejo causada su cónyuge Felipa Chacón de Boyacen (Q.E.P.D) a partir del 5 de abril de 2011, así como, al pago de las mesadas causadas y no pagadas desde la fecha de fallecimiento junto con los aumentos legales y las mesadas adicionales de junio y diciembre y los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 del 93 hasta la fecha en que se efectuará el pago total de las mesadas adeudadas.

En sustento de sus pretensiones señaló que la señora Felipa falleció el de abril de 2011, fecha para la cual había cotizado 598,71 semanas al Seguro Social y 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento por lo que se había dejado causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, de igual forma, refirió que contrajo matrimonio con la causante mediante rito católico el 30 de mayo de 1981, fecha desde la compartieron techo lecho y mesa hasta el día del fallecimiento.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones, manifestó su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, refiriendo que si bien se había solicitado el reconocimiento de la pensión a la entidad también lo era que se había negado el reconocimiento por no reunir los requisitos mínimos para el reconocimiento de la prestación de sobrevivientes reclamada, habida cuenta que en virtud de lo contemplado en la ley 797 de 2003 no se había acreditado la convivencia durante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento de la causante ya que de acuerdo con lo manifestado por familiares de la misma en la investigación realizada por la entidad el demandante y la causante se separaron en el año 2000.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de febrero de 2021, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la señora FELIPA CHACON DE BOYACEN dejó causada la pensión de sobreviviente, bajo los postulados del artículo 46 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003, conforme a la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que el Señor GUILLERMO BOYACEN FIRIGUA identificado con CC 382285 es beneficiario de la pensión de sobreviviente a partir del 5 de abril de 2011, conforme la parte motiva de esta Providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a pagar a favor del demandante GUILLERMO BOYACEN FIRIGUA identificado con CC 382285 El retroactivo causado a partir del 15 de junio de 2014 en 14 mesadas al año debidamente indexadas Al momento de su pago teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para cada año.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar la suma correspondiente de aportes para salud.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción por COLPENSIONES, de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 15 de junio de 2014 no se declaran probados las demás.

SEXTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones conforme lo motivado.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo mensual legal vigente por secretaría efectúese la respectiva liquidación de costas en la oportunidad procesal pertinente.

Octavo: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de colpensiones consúltese a su favor ante el tribunal superior de distrito judicial de Bogotá en los términos del artículo 69 del código procesal del trabajo y la seguridad social.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la causante acreditó haber cotizado un total de 598 semanas de las cuales ciento diez semanas correspondían a los últimos tres años anteriores a la fecha de fallecimiento, señalando respecto a la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de cinco años continuos con anterioridad al fallecimiento era aplicable tratándose de la muerte de un pensionado que no era el caso bajo análisis, al respecto se indicó que se encontraba acreditado la calidad de cónyuge del demandante con la copia del registro civil de matrimonio que daba cuenta del mismo desde el 30 de mayo de 1981, refiriéndose por el demandante que convivió con la Señora Felipa desde dicha data hasta la fecha del deceso, aspecto que confirmó el testimonio practicado

y en esa medida el demandante se establecía como beneficiario al no existir persona con mejor derecho.

Frente al monto de la pensión refirió que el parágrafo del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, señala que dicha pensión de sobrevivientes era equivalente al ochenta por ciento de la que le hubieran correspondido al causante por vejez, conforme a ello al aplicarle el porcentaje indicado a la masa pensional ascendía al monto de $371.043 resultando inferior al salario mínimo previsto para el año 2011 ($535.600), por lo que se ordenó el reconocimiento pensional en 1 SMMLV y aludió que la pensión se reconocería en 14 mesadas al año, en tanto se causó con anterioridad al 31 de julio de 2011, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Finalmente señaló que como la reclamación administrativa se presentó el 15 de junio de 2017 y la demanda se presentó 17 de junio de 2018, se encontraban prescritas las mesadas con anterioridad al 15 de junio de 2014.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones solicitó la revocatoria en su integridad de la sentencia o una revaloración probatoria en la medida en que tal y como se había concluido en la investigación administrativa realizada por su representada no era concluyente la convivencia real y efectiva entre el demandante y la causante Felipa Chacón, máxime que respecto de estos hechos solo se evacuó la declaración del demandante que le era beneficiosa al mismo y el testimonio de una amiga el cual era

difuso y no certero respecto de la convivencia entre la pareja BOYACEN CHACON, de manera que no se cumplía con el requisito de convivencia mínima de los 5 años y por ello era que se solicitaba la revaloración probatoria.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará sobre la viabilidad del reconocimiento de la pensión de sobreviviente al Señor Guillermo Boyacen Forigua, con ocasión del fallecimiento de la Señora Felipa Chacón de Boyacen.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que no existe controversia respecto a los siguientes puntos i) que el demandante y la señora Felipa Chacón de Boyacen, contrajeron matrimonio católico el 30 de mayo de 1981; ii) que la señora Chacón falleció el 5 de abril de 2011 y iii) que la misma dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Atendiendo los supuestos fácticos del asunto, el derecho reclamado se regula por la Ley 100 de 1993 y las modificaciones introducidas a la misma, por la Ley 797 de 2003, toda vez que la muerte de la señora Felipa Chacón de Boyacen, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (5 de abril de 2011).

Así, se tiene que el **artículo 46 de la Ley 100 de 1993** (Modificado artículo 12 de la Ley 797 de 2003), establece que

los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes contemplando en el numeral 2° que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, aspecto este frente al que no existe controversia.

A su turno, el **artículo 47 de la Ley 100 de 1993** (modificado artículo 13 de la Ley 797 de 2003), consagra quienes pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

> *"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> ***a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*** (Subrayas y negrita fuera de texto).
>
> *b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*
>
> *(…)"*

De la anterior normativa se colige que cuando la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte de un afiliado, se tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes cuando se acredite la convivencia con él o la causante por espacio de 5 años y que la pensión sería vitalicia cuando el cónyuge, compañera o compañero permanente tuviera más de 30 años al momento del

fallecimiento, aspectos que cumple el demandante siendo que nació el 3 de marzo de 1955.

Tratándose del cónyuge supérstite se tiene que se debe acreditar un tiempo mínimo de convivencia de 5 años continuos en cualquier tiempo, tal y como se ha indicado por la C.S.J., S.C.L. entre otras en la sentencia No. SL1399-2018, en donde se indicó: *"(…) En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto."*, situación que se encuentra probada en el proceso siendo que el registro civil de matrimonio no presenta ningún tipo de anotación marginal.

Precisado lo anterior y como quiera que en este caso se solicita una revaloración probatoria considerando que no era concluyente la convivencia real y efectiva entre el demandante y la causante Felipa Chacón durante 5 años de acuerdo con lo encontrado en la investigación administrativa y toda vez que el único testimonio rendido dentro del proceso era difuso.

En cuanto a la convivencia el actor en el interrogatorio de parte rendido reiteró lo expuesto en el libelo de demanda, señalando que la convivencia perduró hasta la fecha de fallecimiento de la señora Felipa, igualmente, se precisa que en el curso del proceso se recibió el testimonio de la señora María del Carmen Ruiz, quien refirió ser conocida del actor desde antes del año 2008, cuando ella (testigo) vivía en Sasaima, manifestó que la pareja conformada por el actor y la señora

Felipa vivía en una vereda del referido municipio, que los visitó en la casa como en 1 o 2 ocasiones y que la pareja cada 15 días frecuentaba su negocio pues bajaban a hacer mercado.

Al respecto debe indicarse que a pesar que el testimonio rendido por la señora María del Carmen, fue bastante ligero e impreciso en la medida que aunque refirió que la pareja estaba casada específicamente frente a la convivencia manifestó siendo que solo veía a la pareja cuando estos bajaban a hacer mercado pues no iba seguidamente al hogar de la pareja y desconoce la razón por la que falleció la señora Felipa aduciendo que cuando dejó de verla, preguntó y ahí le dijeron que había fallecido, aspecto que denotaría poca cercanía con la pareja, lo cierto es que en el informe técnico de investigación efectuado por la empresa Consinte-RM para Colpensiones, se concluyó lo siguiente:

(…)

> De acuerdo con la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se logró confirmar que el señor Guillermo Boyacen Forigua y la señora Felipa Chacón de Boyacen, convivieron desde el 30 de mayo de 1981 hasta el año 2000 aproximadamente, fecha en que se separan según lo manifestado por los familiares de la causante. Se resalta que la señora Felipa Chacón falleció el 05 de Abril 2011.

(…)

En ese orden de ideas, se tiene que de la documental obrante en el expediente administrativo resultaba clara la convivencia por espacio de más de 18 años, debiéndose en este punto reiterar que tratándose del cónyuge supérstite se exige la convivencia continua de 5 años en cualquier tiempo y siempre y cuando el vínculo matrimonial permanezca intacto,

aspectos que evidentemente se cumplen en este caso y que resultan suficientes para confirmar la decisión del a quo siendo que el reparo giraba en torno a que no estaba acreditada la condición de beneficiario del actor.

Ahora bien, como la prestación se causó con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 -*5 de noviembre de 2011*- la misma debía ser otorgada en 14 mesadas, razón por la que también se confirmara la decisión en este punto.

En lo que tiene ver con el monto de la pensión a reconocer, verificado el reporte de semanas cotizadas en pensiones (actualizado al 12 de junio de 2017), que fue allegado por la actora cuyo acumulado de semanas cotizadas coincide con el acumulado detallado en los actos administrativos obrantes en el expediente administrativo aportado por Colpensiones, de donde se desprende que las cotizaciones que se efectuaron en su mayoría ascienden en su mayoría a salarios equivalentes al SMMLV y toda vez que la causante tampoco contaba con las semanas suficientes para haber sido beneficiaria de la pensión de vejez, resulta evidente que el reconocimiento pensional debe efectuarse en monto equivalente al SMMLV.

Finalmente, tratándose de las mesadas a reconocer por Colpensiones debe analizarse previamente la excepción de prescripción propuesta por la demandada, la cual según el criterio sentado por nuestro órgano de cierre en esta materia que expresa que aunque el derecho pensional no prescribe si lo hacen las mesadas, en ese orden como la reclamación administrativa se presentó el 15 de junio de 2017 y toda vez

que la demanda se presentó el 17 de julio de 2018, no había transcurrido entre estas 3 años, por lo que con la reclamación presentada se suspendió el termino de prescripción y por tanto estarían prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 15 de junio de 2014, tal y como se señaló por la juzgadora de primera instancia.

De conformidad con lo antes anotado y al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios, se observa que la misma, se ajusta en un todo a la realidad procesal, por lo que se procederá a confirmar la sentencia impugnada.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de marzo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de $400.000, inclúyase en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **MARIA DORA ALBA DUARTE DE GONZALEZ** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 022 2019 00205 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de febrero de 2021. La sentencia impugnada absolvió de todas las pretensiones y declaró probada la excepción de inexistencia del derecho. El recurso

de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión y se conceda la pensión de vejez conforme al acuerdo 049 de 1990 en aplicación del régimen de transición.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto de que se declarara que tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión por vejez conforme al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, junto con el pago de las mesadas causadas con los reajustes de ley al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que nació el 1° de octubre de 1954; que cotizó a pensiones desde el 12 de febrero de 1993 hasta el 31 de diciembre de 2018 y que el 5 de octubre de 2017 solicitó a Colpensiones la pensión de vejez, sin embargo, mediante Resolución No. SUB277023 del 3 de noviembre de 2017, la demandada le indicó que no cumplía con el número de semanas cotizadas para acceder a la pensión y ordenó el pago de indemnización sustitutiva, decisión que confirmó en las resoluciones No. SUB 277023 del 30 de noviembre de 2017 y SUB 247213 del 3 de noviembre de 2017 y que debia tenerse en cuenta que del reporte de semanas cotizadas se podía establecer que tenía más de 500 semanas cotizadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, refiriendo que no le constaban otros y negando el 16. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que la actora no tenia derecho al reconocimiento de la pensión de vejez conforme al régimen de transición establecido en el articulo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que si bien en principio fue beneficiaria de este régimen siendo que nació el 1° de octubre de 1954, por lo que tenía 39 años al 1° de abril de 1994, sin embargo, no acreditó las semanas necesarias al cumplimiento de la edad (1° de octubre de 2009) pues contaba con 388 semanas entre el 1° de octubre de 1989 y el 1° de octubre de 2009 y no contaba con las 1000 semanas requeridas conforme al Acuerdo 049 de 1990 y tampoco le era extensible el régimen de transición mas allá del 31 de julio de 2010, pues el requisito de las 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, tan solo acreditó 241 semanas.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de febrero de 2021, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO**: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas por MARIA DORALBA DUARTE DE GONZALEZ con C.C. 35.401.342 por las razones que se indicaron en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO:** EXCEPCIONES se declara la excepción de inexistencia del derecho reclamado.*
>
> ***TERCERO:** CONDENAR en costas al demandante, fijar como agencias en derecho la suma de $50.000*
>
> ***CUARTO:** CONSULTESE con el superior en los términos del articulo 69 del CPTSS, en caso de no ser impugnada la decisión.*

Como fundamento de la decisión, el juzgado señaló que aunque en principio la actora era beneficiaria del régimen de transición siendo que al 1° de abril de 1994 contaba con 39 años, lo cierto era que el acto legislativo 01 de 2005 había establecido que el régimen de transición contemplado en la ley 100 de 1993, no podría extenderse mas allá del 31 de julio de 2010, salvo para quienes tuvieran 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del acto legislativo aludido a quienes se les mantendría hasta el 2014.

Acto seguido indicó, que la parte actora allegó 50 comprobantes de nómina de la empresa Cotton Dye S.A., como soporte de que laboró de manera ininterrumpida a favor de dicha empresa desde el año 2003 y se indicó que deberían ser tenidos en cuenta, sin embargo precisó que al revisar la historia laboral se evidenciaba que en esta obraban aportes por parte de Cotton Dye S.A. desde mayo del 2003 y hasta abril del 2004 sin que se advirtieran aportes posteriores, señalando que aun acogiendo lo indicado por la parte demandante si se tuviera en cuenta el aporte por 30 días de

enero y noviembre de 1995 y así como los aportes del mes de diciembre de 1995 a abril y junio de 1996 y marzo de 1997 el aporte completo de abril del 2003 junto con los aportes de mayo del 2004 a julio del 2005 equivalente a 59.35 semanas lo cierto era que el requisito de las 750 semanas no lo cumpliría la parte demandante pues para esta fecha tendría acreditado tan solo un total de 266.67 semanas con lo cual no superó las mínimas requeridas por lo que he dicho régimen se mantuvo tan solo hasta el 31 de julio del año 2010.

Así, procedió a verificar si la actora cumplió con los requisitos previstos en el acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el decreto 758 del mismo año, encontrando que no se acredita las 500 semanas cotizadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse ni las 1000 semanas en todo el tiempo incluso teniendo en cuenta los tiempos que indica la parte demandante no fueron tenidos en cuenta así como tampoco se acreditaban los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la actora interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que para el despacho fueron irrelevantes las inconsistencias advertidas en la historia laboral y en los actos administrativos allegados, sin que fuera cierto además que la actora entre el 12 de febrero de 1993 y el 1° de octubre del 2009, cuando cumplió los 55 años tuviera solamente 431.55 semanas ya que para esa fecha tenía 541.34 semanas, señalando que si se tomaba la historia laboral del 13 de febrero de 2019, sumadas con las semanas que aparecía reportadas por Colpensiones daba 293.93 semanas, debiéndose tener en cuenta que en esa historia laboral se reportaron periodos completos de 30 días para los siguientes periodos 01-1995, 11-1995, 12-1995, 04-1996, 06-1996, 03-1997, 04-2003, 09-2004 a 11-2004, 11-2004 a 07-2005, 09-2005 a 12/12/2006, observando que en la comparación aparecían unos periodos semanas en cero, en otras 1.43 y en otros casos el 0.14 de semanas, lo que indicaba que la actora sí estaba afiliada al sistema de seguridad pensional pero Colpensiones no cobró esos dineros, concluyendo que esas semanas darían 140.16, pasando por alto que el despacho no quiso tocar ni se pronunció al respecto fue respecto de la resolución GNR 1897 del 27 de enero del 2018 en la cual textualmente se reconoció que habían unos meses o ciclos que estaban cobrando pero no lo pudieron hacer.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si resultaba viable el reconocimiento de la

pensión de vejez de la actora de acuerdo con las condiciones del régimen al que se encontraba afiliado con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones creado con la Ley 100 de 1993.

Para resolver resulta pertinente recordar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contempló el régimen de transición, señalando en lo pertinente lo siguiente *"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley."*

Con posterioridad, el acto legislativo 01 de 2005, estableció que *"(…) Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones",* determinándose en el parágrafo transitorio No. 4, que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los que estando en dicho régimen tuvieran 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del acto legislativo, esto

es, al 22 de julio de 2005, a quienes se les mantendría el régimen hasta el 31 de diciembre de 2014.

Precisando lo anterior y dado que la demandante nació el 1° de octubre de 1954, se tiene que la misma tenía 39 años para la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social (1° de abril de 1994), por lo que en principio la actora era beneficiaria del régimen de transición y tendría la oportunidad de pensionarse con la normatividad anterior, cuando cumpliera 55 años de edad (edad exigida en la normatividad anterior Art. 12 Dto. 758/90), lo cual acaeció el 1° de octubre de 2009 y en todo caso hasta el 31 de julio de 2010, fecha límite prevista en el acto legislativo para pensionarse bajo el régimen aludido, debiéndose destacar que en el evento en que no se cumpliera con los requisitos hasta la fecha mencionada (31 de julio de 2010) quedaría una última opción para conservar el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, consistente en haber cotizado 750 semanas al 22 de julio de 2005.

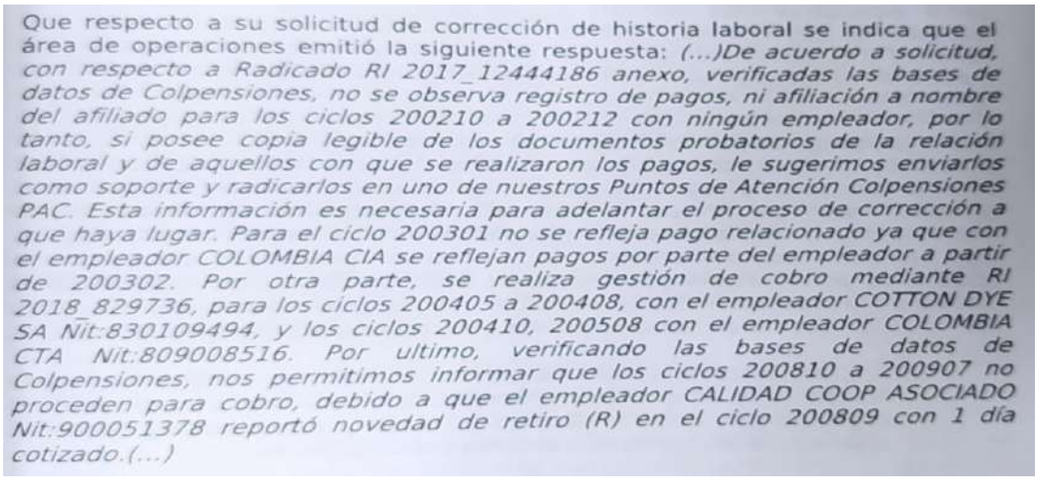
Sea lo primero indicar que revisado el expediente administrativo allegado por Colpensiones, se advierte que reposan tres reportes de semanas cotizadas con diferentes valores, así: i) el actualizado al 5 de octubre de 2017, con un acumulado de 786,43 semanas; ii) el actualizado al 24 de enero de 2018 con un acumulado de 790,71 semanas y iii) el actualizado al 5 de agosto de 2019 con un acumulado de 765,14 semanas, reportando el último el menor acumulado, en ese orden y en virtud del principio de respeto por el acto propio y de la confianza legítima, se tendrá en cuenta el

reporte de semanas actualizado al 5 de octubre de 2017, considerando que esta fue la tenida en cuenta por Colpensiones para expedir la Resolución SUB 247213 del 3 de noviembre de 2017, coincidiendo en el acumulado de semanas cotizadas y resultando en todo caso las más favorable a la actora, siendo que la misma no incluye los periodos de cotización de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2017, que si se registran en el reporte de semanas cotizadas de 2018, generando un aumento de 17,14 semanas, es decir, para un total al 31 de diciembre de 2017 de 803,57 semanas cotizadas.

Lo anterior, por cuanto la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos ha señalado que la exactitud y veracidad de los datos que obran en la historia laboral recae sobre las administradoras pensionales, señalando además que la desorganización, la no sistematización de los datos o el descuido, no pueden repercutir negativamente en el trabajador y establecido que solo ante razones justificadas y debidamente sustentadas ante el afiliado es posible modificar la información contenida en la historia laboral, aspecto este último que no fue debidamente acreditado, por lo que no existían razones atendibles para que el acumulado de la actora disminuyera.

Ahora bien, mencionado lo anterior y toda vez en los supuestos facticos del asunto se alude que la actora laboró y cotizó a pensiones sin solución de continuidad entre el 12 de febrero de 1993 y el 31 de diciembre de 2018 y allegó diversos comprobantes de pago de nómina, conducta de la que se colige

un cuestionamiento respecto a no haberse efectuado en forma completa las cotizaciones por sus empleadores, lo cual se corrobora con lo expuesto en la Resolución DIR 1897 del 27 de enero de 2018, en donde se señaló:


Que respecto a su solicitud de corrección de historia laboral se indica que el área de operaciones emitió la siguiente respuesta: *(...)De acuerdo a solicitud, con respecto a Radicado RI 2017_12444186 anexo, verificadas las bases de datos de Colpensiones, no se observa registro de pagos, ni afiliación a nombre del afiliado para los ciclos 200210 a 200212 con ningún empleador, por lo tanto, si posee copia legible de los documentos probatorios de la relación laboral y de aquellos con que se realizaron los pagos, le sugerimos enviarlos como soporte y radicarlos en uno de nuestros Puntos de Atención Colpensiones PAC. Esta información es necesaria para adelantar el proceso de corrección a que haya lugar. Para el ciclo 200301 no se refleja pago relacionado ya que con el empleador COLOMBIA CIA se reflejan pagos por parte del empleador a partir de 200302. Por otra parte, se realiza gestión de cobro mediante RI 2018_829736, para los ciclos 200405 a 200408, con el empleador COTTON DYE SA Nit:830109494, y los ciclos 200410, 200508 con el empleador COLOMBIA CTA Nit:809008516. Por ultimo, verificando las bases de datos de Colpensiones, nos permitimos informar que los ciclos 200810 a 200907 no proceden para cobro, debido a que el empleador CALIDAD COOP ASOCIADO Nit:900051378 reportó novedad de retiro (R) en el ciclo 200809 con 1 día cotizado.(...)*

En ese orden se procederá al análisis del reporte de semanas cotizadas mencionado, esto es, el actualizado al 5 de octubre de 2017 y se comparará con el soporte documental allegado a efectos de establecer si existen deficiencias en la cotización que estén amparadas en una relación laboral siendo que la parte actora no precisó en el libelo de demanda los periodos en los que existía controversia.

Para el efecto, se tiene que para noviembre de 1995, registra 1,43 semanas cotizadas, sin embargo, revisado la historia laboral y la misma resolución SUB277023 del 30 de noviembre de 2017, ello obedece a que se reportaron 10 días de cotización, sin que se hubiese allegado documental que demostrara que se laboró el mes completo para Textitalia y por tanto se tuviera derecho a la cotización de 30 días.

En lo que tiene que ver con los periodos de diciembre de 1995, abril de 1996, junio de 1996 y marzo de 1997, que reportan cotizaciones en ceros, conviene recordar lo adoctrinado por la C.S.J., S.C.L., en sentencias SL1355-2019 y SL3056-2019, de las que se colige que los periodos que están reportados en mora son lo que se consideran respaldados en una relación laboral, razón por la cual resultan viables contabilizarlos, las que equivalen a 17,16 semanas cotizadas.

Igualmente, se observa que para los periodos de agosto de 2008 y septiembre de 2009, se registran cotizaciones de 0,14 con los empleadores Pronto Temporales Ltda y Pealtex Ltda, respectivamente los que obedecen conforme a la historia laboral y a la resolución SUB277023 de 2017, a un (1) día de cotización, sin que se hubiese allegado documental que demostrara que se laboró el mes completo para los mismos y por tanto se tuviera derecho a la cotización de 30 días.

En este punto, resulta relevante señalar que aunque la actora señalara que solo laboró para una empresa en virtud de la unidad comercial siendo que la empresa inicial solo cambio su razón social, tal aspecto no fue acreditado, requiriéndose en todo caso haber abordado tal escenario bajo otro proceso u otras pretensiones siendo que lo que denota la historia laboral es que no solo laboró para una empresas sino para varias y que además sostuvo vinculaciones con cooperativas de trabajo asociado y empresas de servicios temporales, por lo que si lo que se pretendía era demostrar una sola relación laboral con alguna de las empresas que le efectuaron aportes debió haber adelantado el trámite

correspondiente para que así bajo este marco pudieran quedar cobijadas cotizaciones y/o pagos bajo una sola razón social, siendo que obran comprobantes de un mismo periodo efectuados por la empresa Cotton Dye o por alguna EST o CTA, sin que en todo caso se evidenciara algún periodo de los comprobantes allegados sin aporte en la historia laboral.

Por otra parte, recuérdese que en los casos de reproche de inconsistencias en la historia laboral, cuando se trata de periodos no amparados en relación laboral, es decir, cuando no figura registro de afiliación, para poder acreditar los aportes en los periodos reclamados, no es posible tener en cuenta sencillamente los comprobantes de nómina incluso así se allegue certificación laboral que lo ampare, ello ante los diversas defraudaciones que se han presentado por esta vía, a menos que se aporte el formulario de afiliación radicado ante la administradora de donde surgiera la obligación para la misma de administrar las cotizaciones y por tanto iniciar las acciones de cobro pertinentes ante la mora del empleador, pues de lo contrario si no existe la referida afiliación se requerirá la vinculación del empleador al proceso para que de certeza de la relación laboral sostenida, acredite la afiliación y cotizaciones efectuadas o asuma el cálculo actuarial al que hubiere lugar por la omisión presentada.

En ese orden de ideas y como en la Resolución DIR 1897 de 2018, se aludió que ante solicitud de corrección de historia laboral Colpensiones adelantó gestión de cobro para los ciclos 2004-05 a 2004-08 con el empleador Cotton Dye y para los ciclos 2004-10 y 2005-08 con el empleador Colombia CTA, se

tiene que con ello efectuó un reconocimiento sobre tales periodos lo que se acompasa con el hecho que no exista novedad de retiro en el periodo de abril de 2004 efectuado por Cotton Dye y tampoco se diera novedad de retiro para septiembre de 2004 y para julio de 2005, por Colombia CTA, siendo que de esta última reporta cotizaciones desde septiembre de 2004 hasta diciembre de 2006, con los vacíos de los periodos aludidos pero sin presentar novedades, razón por la cual ante tal reconocimiento se proceden contabilizar tales semanas, recaudando un total de 25,72 semanas.

De acuerdo con lo antes anotado, se tiene que la actora al 31 de julio de 2010 contaba con 473,76 semanas de cotización, es decir, que no contaba con las semanas suficientes para acceder a la pensión conforme a lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que exigía en el caso de las mujeres 55 años de edad y 500 semanas cotizadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo y las mismas tampoco resultaban suficientes para conservar el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

Así mismo, debe señalarse que tampoco se cumplen los requisitos contemplados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (Modif. art. 9 de la Ley 797 de 2003), siendo esta la normatividad vigente en la actualidad, pues de acuerdo con tal preceptiva para tener derecho a la pensión se debe haber cumplido 57 años de edad si es mujer o 62 años si es hombre y haber cotizado un mínimo de 1300 semanas cotizadas en

cualquier tiempo, advirtiéndose que aunque se acredita la edad, no se cuenta con el acumulado de semanas exigido en la norma, pues el acumulado asciende a 846,45 semanas cotizadas.

Bajo las anteriores consideraciones se procederá a conformar la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 22 de febrero de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de $200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

LORENZO TORRES RUSSY

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **MARCO TULIO SANZHEZ** CONTRA **UNIDAD GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP** VINCULADOS **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA.**

RADICADO: 11001 3105 026 2019 00404 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de la parte actora y de la UGPP contra la sentencia emitida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de marzo

de 2022, así como a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. En la sentencia de primera instancia,

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto de que se ordenara el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por parte de la UGPP, al pago de las sumas debidamente indexadas, al pago de los intereses moratorios, al pago de los derechos que resultaren ultra y extra petita y al pago de las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que nació el 20 de diciembre de 1939; que laboró para las Minas de Muzo y Cosquez entre el 9 de octubre de 1963 y el 31 de julio de 1969 cuya entidad responsable era el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cotizando 303,14 semanas; que ante la solicitud de indemnización sustitutiva que presentó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se le indicó que la entidad obligada con los exfuncionarios de las Minas de Muzo y Cosquez era la UGPP y que èsta emitió Resolución No. RDP 009768 en la que se negó la indemnización sustitutiva.

II. CONTESTACIÓN DEMANDA

La UGPP, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, negando otros y señalando que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que al actor no le asistía el derecho reclamado como quiera que los certificados obrantes en el expediente pensional indicaban que al interesado no se le hicieron descuentos para pensión, mencionando que en el expediente administrativo obraba certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Minas y energía No. 020 del 3 de febrero de 2014, en el que se indicaba que el actor trabajo para Minercol Ltda. entre el 09/10/1963 – 30/07/1969 sin indicar a que entidad administradora efectuó las cotizaciones y que quien respondía por el periodo certificado era el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Así mismo, se aduce que obraba certificado laboral de fecha 1° de noviembre de 2018, en el que se relacionan los tiempos antes mencionados y señalando que la entidad a la que se realizaron los aportes fue Cajanal pero en la Casilla 31 se establece que al empleado no se le hicieron descuentos para seguridad social. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, indexación, no pago de los intereses moratorios, imposibilidad de condena en costas y genérica.

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y señaló que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que no se encontraba facultadas para asumir las obligaciones que el

demandante pretendía le fueran impuestas a su representada siendo que el artículo 6 del Decreto 575 de 2013, estipulaban las funciones de la UGPP.

Así mencionó, que conforme a lo expuesto en el artículo 5° de la Ley 489 de 1998, estaba facultada para ejercer funciones asignadas expresamente a su cartera y dentro de estas no estaba las de reconocer, otorgar pensiones o reliquidarlas y carecía de facultad para definir controversias entre la UGPP y sus afiliados y le estaba prohibido ejercer funciones distintas a las atribuidas en virtud del Decreto 4712 de 2008. Adicionalmente, señaló que las normas que se habían ocupado de establecer competencias en materia pensional de los ex trabajadores de minas de Muzo y Cosquez, indicaban que a partir del cierre de Cajanal, las responsabilidades se trasladaron y adicionalmente los certificados laborales y de salarios No. 854, 855 y 856 del 1° de noviembre de 2018, establecen que quien respondía por el periodo laboral era la nación a través de Cajanal conforme lo estableció el Decreto 081 de 1976.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito público y de la nación, prescripción, una sentencia desfavorable al Ministerio de Hacienda y Crédito Público vulneraria el aspecto presupuestal, el Ministerio de hacienda y crédito público no es administradora de pensiones y excepción genérica.

La Nación – Ministerio de Minas y Energía, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y señaló que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que el demandante nunca fue trabajador ni tuvo relación contractual alguna con su representada y en consecuencia de la extinción de la personería jurídica de Minercol LTDA, el Ministerio asumió solo las obligaciones establecidas en el Decreto 1430 del 27 de abril de 2007, referentes a la administración y custodia del fondo documental, sin que las mismas le dieran competencia legal para el reconocimiento u otorgamiento de prestaciones económicas de orden pensional. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de legitimación por pasiva.

III. DECISIÓN DEL JUZGADO

En audiencia del 29 de marzo de 2022, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> ***PRIMERO:*** *CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial de la Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP a pagar al señor MARCO TULIO SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.176.110, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, respecto del tiempo laborado por el actor, con el empleador MINAS DE MUZO Y COSQUEZ, desde el 09 de octubre 1963 y 31 de julio de1969. Dichos valores deberán ser debidamente indexados, conforme lo establece la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO:*** *DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.*
>
> ***TERCERO:*** *ABSOLVER a la entidad demandada NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y NACIÓN- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, de todas las pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***CUARTO:*** *CONDENAR en costas de esta instancia a la entidad demanda Unidad Administrativa Especial de la Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS ($1.000.000).*

Como fundamento de su decisión, el juzgado atendiendo a lo señalado en el artículo 1° del Decreto 81 de 1976, el artículo 1° del decreto 2196 de 2009, el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y el artículo 1° del Decreto 4269 de 2011, señaló que la competencia original para resolver la solicitud del reconocimiento y pago de administración sustitutiva de la pensión de vejez sería con destino a Cajal también lo es que de conformidad con lo establecido anteriormente y específicamente con el decreto 4269 de 2011, las prestaciones que venía asumiendo Cajanal se encuentran a cargo de la UGPP, razón por la cual para todos los efectos legales esta entidad sería la responsable del reconocimiento y pago de la prestación reclamada.

En cuanto a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, indicó que el actor contaba con más de 62 años de edad y que laboró al servicio de Muzo y Cosquez desde el 9 de octubre de 1963 y hasta el 31 de julio de 1969, tenía derecho al reconocimiento y pago la de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, lo anterior como la sostenido la jurisprudencia en el sentido de indicar que si bien no se efectuaron aportes con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 también es cierto que con anterioridad prestó sus servicios y que por dicho tiempo tenía derecho al reconocimiento y pago las prestaciones pensionales a cargo las entidades de Seguridad Social, ordenando así el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez tal y como lo disponía el artículo 37 de la ley 100 de 1993, la cual sería a cargo de la UGPP, la cual debía ser debidamente indexada al momento de su pago.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de la UGPP y de la parte actora interpusieron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

La apoderada de la parte actora, presentó recurso de apelación parcial, en el entendido que debía accederse al reconocimiento y pago de los intereses moratorios siendo que la indemnización sustitutiva no había sido reconocida por demoras en la entidad siendo que desde el año 2014 se venía solicitando.

Por su parte, la apoderada de la UGPP, solicitó la revocatoria de la decisión al considerar que el señor Marco Tulio Sánchez no le asistía el derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez establecida a cargo por cuanto al actor no se le hicieron los descuentos para Seguridad Social lo cual se evidencia en el certificado de información de tiempo de servicios aportados al expediente pensional el cual fue expedido por el Ministerio de minas y energía.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A y 69 del CPL y SS, la sala examinará si en este caso el demandante tenía derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de

la pensión de vejez y en caso afirmativo al pago de intereses moratorios.

No es objeto de discusión en el proceso que el actor laboró como vigilante para las Minas de Muzo y Cosquez dentro del periodo comprendido entre el 9 de octubre de 1963 y el 31 de julio de 1969 (las que en su momento estuvieron adscritas al Banco de la Republica), así como que la UGPP era la responsable del reconocimiento a que hubiere lugar siendo que era quien había asumido las obligaciones a cargo de la extinta Cajanal, administradora que a su turno había asumido las obligaciones de la Sección de Pensiones de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y crédito Público, conforme se deduce de los Decretos 081 de 1976 y 4269 de 2011 y no ser estos hechos aspectos de reproche por las partes.

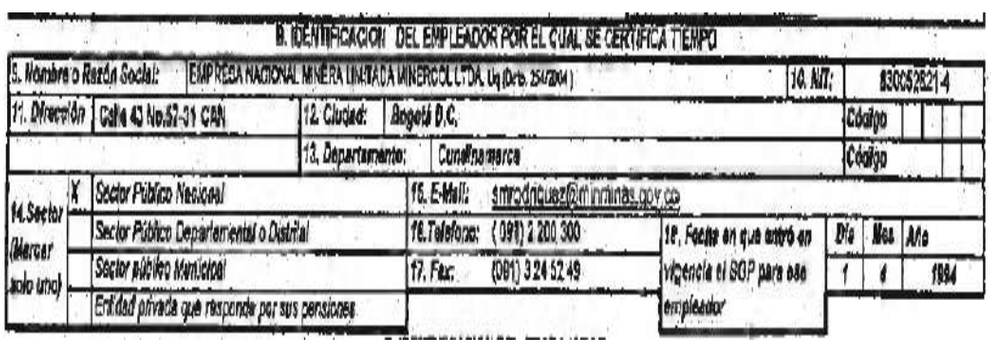
En primer lugar se abordara el reparo presentado por la UGPP, como quiera que este controvierte el reconocimiento efectuado, para el efecto conviene recordar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva resulta procedente cuando un afiliado a la administradora del RPM, hubiese: i) cumplido la edad para obtener la pensión de vejez; ii) no reúna el mínimo de semanas exigido para alcanzar la pensión de vejez y iii) declarare su imposibilidad de continuar cotizando.

En este asunto, se advierte que el primero de los requisitos, se encuentra cumplido, siendo que el demandante nació el 20

de diciembre de 1939, por lo que cumplió los 60 años en la misma fecha del año de 1999.

En cuanto al requisito de las semanas, se advierte que el actor en los hechos de la demanda refiere que cotizó 303,14 semanas, no obstante, dentro del soporte documental allegado al expediente no es posible colegir que en efecto se hubiesen efectuado aportes a nombre del actor, pues no se allega historia laboral y/o reporte de semanas cotizadas algunos y esto tampoco es factible establecerlo de los certificados de información laboral y/o salariales que reposan en el expediente administrativo dadas las inconsistencias que presentan, a saber:

- ✓ Certificado de información laboral, expedido por el Ministerio de Minas y Energía, de fecha 3 de febrero de 2014, del que resultan relevantes los siguientes apartes:

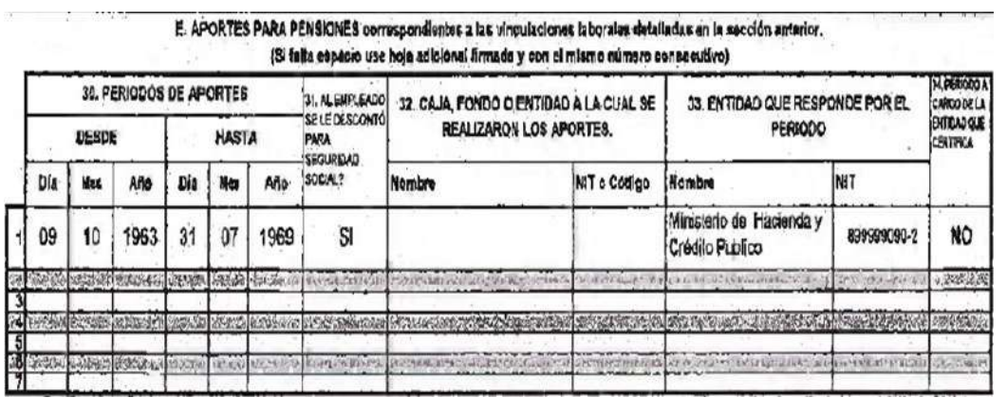


B. IDENTIFICACION DEL EMPLEADOR POR EL CUAL SE CERTIFICA TIEMPO

9. Nombre o Razón Social:	EMPRESA NACIONAL MINERA LIMITADA MINERCOL LTDA. Liq (Dcto. 254/2004)			10. NIT:	830052821-4
11. Dirección:	Calle 43 No.57-31 CAN	12. Ciudad:	Bogotá D.C.		Código
		13. Departamento:	Cundinamarca		Código

14. Sector (Marcar solo uno)		15. E-Mail:	16. Fecha en que entró en vigencia el SGP para este empleador	Día	Mes	Año
	X Sector Público Nacional	smrodriguez@minminas.gov.co				
	Sector Público Departamental o Distrital	16. Teléfono: (091) 2 200 300		1	4	1994
	Sector público Municipal	17. Fax: (091) 324 52 49				
	Entidad privada que responde por sus pensiones					

(…)



E. APORTES PARA PENSIONES correspondientes a las vinculaciones laborales detalladas en la sección anterior.
(Si falta espacio use hoja adicional firmada y con el mismo número consecutivo)

	30. PERIODOS DE APORTES						31. AL EMPLEADO SE LE DESCONTÓ PARA SEGURIDAD SOCIAL?	32. CAJA, FONDO O ENTIDAD A LA CUAL SE REALIZARON LOS APORTES.		33. ENTIDAD QUE RESPONDE POR EL PERIODO		N. PERIODO A CARGO DE LA ENTIDAD QUE CERTIFICA
	DESDE			HASTA								
	Día	Mes	Año	Día	Mes	Año		Nombre	NIT o Código	Nombre	NIT	
1	09	10	1963	31	07	1969	SI			Ministerio de Hacienda y Crédito Público	899999090-2	NO
2												
3												
4												
5												
6												
7												

- ✓ Certificado de salario base, expedido por el Ministerio de Minas y Energía, de fecha 1° de noviembre de 2018, del que resulta relevante el siguiente extracto :



E. APORTES PARA PENSIONES EN FECHA BASE					
30. ¿Se hacían aportes para pensiones en fecha base?	SI		NO	X	Marcar con una "X" SI o NO si se descontó para Seguridad Social al trabajador.

F. ENTIDAD RESPONSABLE PARA PENSIONES EN FECHA BASE (si diligencia "SI" en la casilla 31 no es necesario diligenciar las casillas 32 y 33)					
31. Período asumido por el empleador o entidad que reporta? SI		NO X	32. Caja o Fondo: (diligenciar si se le aportaba a alguna Caja o Fondo)		33. ENTIDAD QUE RESPONDE POR EL PERIODO
			Nombre:	CAJANAL	Nombre: NACION
			NIT:	899.999.010-3	NIT: **********

Como se evidencia, no es claro si en efecto se realizaron o no cotizaciones en favor del actor, pues pese a que en el certificado del año 2014, se aluda que se le descontó al empleado para seguridad social (casilla 31) se indicó en ese mismo certificado que la vigencia del sistema general de pensiones para el empleador acaeció el 1° de abril de 1994 (casilla 18), aspecto que confrontado con el certificado del año 2018, conduce a considerar que para la fecha de desvinculación del actor 31 de julio de 1969, no se efectuaban aportes a pensión por el empleador siendo que así se registró expresamente en la casilla 30 y en casilla subsiguiente “31” se indicó que el periodo no fue asumido por el empleador o entidad que reportaba.

Adicionalmente, debe indicarse que además de las pruebas ya anunciadas no fueron allegados otros soportes de los que se hubiese podido colegir que en efecto se hicieron los aportes o de los que por lo menos así se pudiera inferir, como por ejemplo, el formulario de afiliación o los comprobantes de nómina y su respectivo descuento al trabajador y tampoco fue

objeto de reconocimiento expreso por parte de la UGPP, en alguno de los actos administrativos expedidos, siendo que la sola certificación del tiempo laborado resultaba insuficiente como quiera que la prestación reclamada se cimienta sobre la realización de aportes y/o cotizaciones a la administradora del RPM a que hubiere lugar.

En este punto, conviene recordar que con relación a la carga de la prueba ha sido reiterado el criterio de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, por ser la prueba el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, y por ello es preciso que la misma se produzca para que la autoridad pueda calificarla y determinar la vialidad del reconocimiento.

Bajo las anteriores consideraciones, se tiene que en este caso no era factible efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues no existe soporte que dé certeza que en efecto se efectuaron cotizaciones en favor del demandante durante el periodo comprendido entre el 9 de octubre de 1963 y el 31 de julio de 1969, razón por lo que se procederá a revocar la decisión de primera instancia.

Dadas las resultas del proceso resulta innecesario abordar los otros puntos de la apelación.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de marzo de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **CARMEN CECILIA TOLOSA MENDOZA** CONTRA **COMPAÑÍA DE SEGUROS AURORA S.A.**

RADICADO: 11001 3105 015 2020 00124 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia expedida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de agosto de 2021. En la sentencia impugnada se absolvió de las pretensiones al encontrar acreditada la excepción de cosa juzgada y el recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que entre las partes existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido durante el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 2019 y el 1° de febrero de 2021, en consecuencia, se condenara a la demandada al pago de las prestaciones sociales y vacaciones de toda la relación laboral, el sueldo de 12 meses que se le adeudaba, la indemnización por despido injusto, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., reembolsarse mayor valor por concepto de retención en la fuente con ocasión de la diferencia entre salarios y honorarios profesionales, pagar las sumas del plan voluntario de beneficios extralegales, a las costas y agencias en derecho, a lo que resulte ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que prestó sus servicios como analista de cuentas médicas en la sede de Bogotá D.C., mediante contrato de prestación de servicios como profesional independiente; que se acordó por concepto de honorarios la suma de $3.000.000 previa presentación de la cuenta de cobro o factura correspondiente; que cumplía horario de trabajo e ingresaba por un torniquete que operaba la compañía; que las labores y obligaciones encomendadas se realizaban atendiendo las instrucciones de sus jefe inmediata Diana Bogotá o directamente del Dr. Mario Alberto Díaz; que el día 3 de febrero de 2020, el gerente administrativo le

informó que por orden de los directivos el contrato quedaba terminado; que el día 4 de febrero de 2020, el señor Carlos Andrés Rodado se comunicó telefónicamente para decirle que se acercara y hacerle firmar unos documentos urgentes para cancelarle sus prestaciones sociales y que a la fecha de terminación del contrato no se le habían cancelado el valor de sus prestaciones sociales.

II. CONTESTACIÓN DEMANDA

La Compañía de Seguros de Vida Aurora S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones y a los hechos de la demanda. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que no se estaba frente a una relación laboral como quiera que el vínculo contractual que unió a la demandante con su representada era de naturaleza civil. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago compensación, cosa juzgada, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, mala fe de la parte actora e innominada.

III. DECISIÓN DEL JUZGADO

En audiencia del 4 de agosto de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> ***PRIMERO: ABSOLVER*** *a la parte demandada COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA AURORA S.A., de todas y cada una de las pretensiones invocadas por en la presente acción por la señora CARMEN CECILIA TOLOZA y en estos términos declarar demostradas las excepciones de cosa juzgada, conforme se expuso en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *en costas a la parte actora, para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a UN (1) SMLMV para el año 2021.*

TERCERO: *Si la presente providencia no fuere impugnada se remitirán las diligencias al Superior para que las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta dado el resultado desfavorable para la parte demandante.*

Como fundamento de su decisión, el juzgado señaló que atendiendo diversos pronunciamientos jurisprudenciales, se tenía que el juez no podía imponer condenas por obligaciones objeto de transacciones pues lo procedente era declarar la cosa juzgada especialmente cuando en el proceso no se discutía la nulidad del acuerdo allí efectuado, así procedió a revisar el acuerdo transaccional obrante en el expediente concluyendo que en el mismo se presentaba identidad de partes, objeto y causa, lo que le impedía pronunciarse sobre el asunto siendo que no se alegaba ningún vicio consentimiento en la demanda aspecto que además convalidó la demandante con lo indicado en el interrogatorio de parte vertido sin que por tanto se evidenciara ninguna situación de error, fuerza o dolo.

Adicionalmente, mencionó que frente a lo establecido en los artículos 14 y 15 del C.S.T. tampoco se advertía que el asunto recayera en derechos ciertos e indiscutibles que se predicaba cuando había certeza y claridad sobre el origen o razón de ser de los derechos, que en el caso de estudio sería hasta que un juez de la República mediante una sentencia judicial declarara la existencia un verdadero contrato de trabajo que hiciera surgir el derecho de esos derechos inciertos e indiscutibles, sin que en este caso alguna autoridad judicial o similar hubiese declarado la existencia del contrato, en esa medida como la transacción tampoco recaía sobre derechos ciertos e indiscutibles la misma resultaba

válida. Finalmente, en relacionado con el pago y la suma objeto de transacción señaló que el no pago de la misma no invalida el acto transaccional no viciaba el mismo y sería objeto de otro proceso como lo era el proceso ejecutivo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actor presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que el despacho omitió requerir a la parte demandada para que allegara todas las pruebas en su poder con lo que vulneró el y que el juez debía efectuar el trámite de excepciones previas en la audiencia de conciliación, no obstante, tramitó todo el proceso a fin de proceder a desvirtuar la cosa juzgada; que no se garantizó el debido proceso por cuanto que no estudio el acta de liquidación llamada también transacción, ya que ese título si bien era claro y expreso no era exigible toda vez que la parte no fijó el día para el pago de las prestaciones siendo evidente que por ello estaba viciado al punto que ese pago vino a hacerse casi al año y medio de haberse demandado motivo por el cual se hizo un depósito judicial que cursaba en el juzgado sexto y que a la fecha su mandante no había podido cobrar.

Lo anterior a pesar que la C.S.J., S.C.L., en sentencia de radicación 50538 de 2016, se indicó que se constituía en un impedimento para el juez laboral aprobar un contrato de transacción en el que se sometiera al pago de los derechos del

trabajador a una condición pues no podía aceptar un negocio donde se somete al trabajador a una incertidumbre y pese a ello no tuvo en cuenta la primacía de la realidad sobre las formas.

También, menciona que debía tenerse presente que en el titulo base de ejecución se tuvo en cuenta que la actora estaba bajo un contrato realidad ya que la transacción fue por valor de $10.860.000 el cual se componía de la base de liquidación de las prestaciones que eran $7.860.000 más el salario pendiente como se indicó en el interrogatorio de parte por la actora.

Finalmente, alude que a pesar de la capacitación de la actora trabajando durante 25 - 26 años otra muy diferente en tema legal y si bien le hicieron firmar un documento a la trabajadora este documento se agregó sin las formalidades como lo era lo relativo a la exigibilidad

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta viable tener en cuenta el acta de liquidación contrato de prestación de servicios y transacción suscrita el 3 de enero de 2020, entre la señora Carmen Cecilia Toloza Mendoza y la Compañía de Seguros de Vida Aurora S.A., a efectos de determinar la naturaleza jurídica de la relación que los vinculó y de acuerdo con ello, establecer si en efecto el acta de transacción hizo tránsito a cosa juzgada o si por el contrario

no tiene validez y por tanto, es posible efectuar pronunciamiento frente a los derechos e indemnizaciones reclamadas.

En cuanto al primero de los reparos relativo a que se omitió requerir a la parte demandada para que allegara documentos en poder de la demandada, debe indicarse que este aspecto debió haber sido objeto de pronunciamiento en la oportunidad procesal pertinente pues no se realizó manifestación alguna de la parte durante el decreto de pruebas sin que sea este el momento para tal cuestionamiento.

Respecto a no haberse analizado la excepción de cosa juzgada como previa, conviene recordar que el artículo 32 del Código procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 19 de la Ley 712 de 2001, permite que la excepción de cosa juzgada se formule como previa, fundamento que tuvo el a quo para posponer su estudio como de fondo, resultando relevante que ante tal decisión la demandada presentó recurso de reposición y el traslado efectuado a la parte actora ésta coadyuvo la posición del despacho resultando contradictorio ahora su reproche dada la conducta desplegada.

Ahora bien, en razón a algunas de las manifestaciones consignadas en el recurso de apelación, debe señalar la Sala que revisadas las pretensiones de la demanda, no se formuló ninguna relacionada con la falta de validez del acuerdo transaccional al que llegaron las partes, es más, ello tampoco se desprende de lo señalado en los supuestos fácticos que le

dieron sustento a las pretensiones, incluso a pesar que la misma parte dentro de sus pruebas allegó el *"ACTA DE LIQUIDACIÓN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y TRANSACCIÓN SUSCRITA ENTRE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA AURORA S.A. y CARMEN CECILIA TOLOZA"* al proceso, debiéndose precisar que si bien este documento solo cuenta con la firma de la empresa demandada, lo cierto es que es el mismo documento que reposa a folio 140 y ss., el cual si se encuentra firmado por la demandante y adicionalmente la señora Toloza Mendoza reconoció haberlo suscrito en el interrogatorio de parte rendido.

El acta de liquidación del contrato de prestación de servicios y transacción suscrito entre las partes, el 31 de enero de 2020, tuvo como objeto terminar de común acuerdo el contrato de prestación de servicios que los vinculaba, ratificar la naturaleza civil del contrato de prestación de servicios y la exclusión de una relación laboral entre ellas y de algún tipo de acreencia de esa naturaleza, como se deduce de las acuerdos pactados en el referido documento.

De acuerdo con lo anterior al haber las partes contratantes definido sus diferencias mediante un contrato de transacción, cuya existencia y validez no se discutió en el proceso, resulta fundada la declaración de cosa juzgada que emitió el juez de instancia.

Surge claro de lo antes anotado que existiendo en un proceso la declaración de la voluntad de las partes en cuanto a la forma en que dirimieron sus diferencias, bien sea

mediante una conciliación o como en este caso a través de un contrato de transacción, no puede proferirse una sentencia que sea contraria a esa voluntad de las partes reflejada en su acuerdo; pues tal es el carácter de una y otra figura procesal que a ambas se les ha dado la facultad de gozar de la presunción de la cosa juzgada, como de vieja data lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en la providencia AL8751-2016, en donde se indicó:

> *"(…) La transacción en última instancia, hace tránsito a cosa juzgada (artículo 2483 del C. C.), termina el proceso cuando versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas o sobre las condenas impuestas en la sentencia, no obstante, si solo recae sobre parte del litigio o de la actuación posterior a la sentencia, el proceso o la actuación posterior a este continuará respecto de las personas o los aspectos no comprendidos en aquella (artículo 312 C. G. P)."*

Igualmente, es pertinente recordar, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, que la transacción es una manera eficaz de precaver conflictos, por cuanto los soluciona de antemano en forma legítima, pacífica y equitativa para las partes, señalándose por nuestro órgano de cierre en sentencia SL4021-2022, que *"(…) si bien la transacción al igual que la conciliación producen el efecto de cosa juzgada en última instancia, siempre podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión cuando mediante cualquiera de tales actos o declaraciones de voluntad se transgrede la ley".*

De igual forma, conviene destacar que en la sentencia aludida también se concluyó *"(…) las partes pueden acudir excepcionalmente al proceso ordinario laboral, para debatir*

acuerdos conciliatorios con efectos de cosa juzgada, pero no con el propósito de volver a examinar las controversias zanjadas por su propia voluntad, pues la conciliación es un instituto jurídico concebido «como un acto serio y responsable de quienes lo celebren y como fuente de paz y de seguridad jurídica», (CSJ SL, del 9 de mar. 1995, rad. 7088), sino con el fin de que el juez laboral analice temas relativos a la validez y eficacia de la conciliación, tales como: i) el cumplimiento de presupuestos formales, como lo sería que sea aprobada por una autoridad competente; ii) la inexistencia de vicios en el consentimiento; iii) la no violación de normas de orden público, y iv) el no desconocimiento de derechos ciertos e indiscutibles (CSJ SL, del 13 de mar. 2013, rad. 44157).", pronunciamiento que por analogía resulta aplicable al caso y que en todo caso reitera lo expuesto en sentencias que abordan específicamente la transacción como la SL2833-2017[1].

No sobra advertir, que si la parte actora consideraba que existían temas que podrían afectar la validez del acuerdo transaccional suscrito que pudieran invalidarlo ha debido elevar la respectiva pretensión y asumir la carga probatoria que le era predicable para demostrar su ocurrencia, pero en este caso ni siquiera tales supuestos se mencionaron como fundamento fáctico en la demanda.

A este respecto, también la Jurisprudencia tiene establecido el deber probatorio que le incumbe a la parte que pretende desconocer la validez de una conciliación aspectos

[1] C.S.J., S.C.L. sentencia SL2833-2017: *"De tal suerte que no podía imponer condena por una obligación que ya fue materia de transacción entre las partes, menos cuando no fue el caso de que el accionante estuviera alegando su nulidad."*

que también pueden ser aplicables al contrato de transacción. Así, puede citarse el pronunciamiento de fecha Septiembre 28 de 1999, N° de Rad. 12504-99, cuando dicha Corporación estableció:

> *"Esta Sala ha manifestado reiteradamente que el efecto de cosa juzgada que proviene de una conciliación es prácticamente intangible, por lo que solo cuando median vicios del consentimiento resulta admisible que se persiga su revisión, pero no es esta la vía para declarar una posible responsabilidad de la parte actora y de su apoderado, por lo que en el escrito de réplica se considera como un "actuar temerario y de mala fe"; se debe reiterar que solo la presencia de vicios que afecten o distorsionen el consentimiento amerita que se procure por la vía judicial la declaratoria de nulidad de un acto de esta naturaleza. Pero no basta solamente afirmar la existencia de esos vicios, sino sustentarlos muy fundamentadamente con el respaldo probatorio correspondiente, pues lo contrario conduce simplemente a una intervención judicial innecesaria que en efecto obstaculiza el servicio público de administración de justicia al ponerlo en funcionamiento para resolver un asunto sobre el cual ya pesa el efecto de cosa juzgada, que es el cimiento de un bien público de mayor connotación como es la seguridad jurídica. La parte que pide en un proceso judicial la invalidez de un acuerdo conciliatorio debe ser coherente en su planteamiento y ello significa que si el acto no produce efectos, las cosas deben regresar al estado anterior y por tanto, si se ha recibido algún dinero como consecuencia de la conciliación, este debe ser materia de devolución para que, regresando al punto inicial anterior al acuerdo conciliatorio, se pueda analizar objetivamente las verdaderas consecuencias del mismo".*

En el proceso no hay prueba que acredite que la voluntad de la demandante estuvo viciada por efecto de error, fuerza o dolo, en cuyo caso la demanda tenía que venir apoyada con pretensiones concretas en ese sentido y en el juicio existir prueba que no diera lugar a duda alguna, sin que para tales efectos sean válidas las afirmaciones que se adujeron por la demandante en el interrogatorio de parte rendido.

Bajo los anteriores lineamientos se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de $200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **CESAR ANDRES MARTINEZ ARIZA** CONTRA **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.**

RADICADO: 11001 3105 012 2019 00818 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Claudia Andrea Cano González, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.143.869.669 y tarjeta profesional No. 338.180 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada Alpina Productos Alimenticios S.A., en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia expedida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de mayo de 2022. En la sentencia impugnada se absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte actora.

En esta instancia se recibieron alegatos por las partes. En su escrito el apoderado de la parte actora indicó que dentro del proceso y con base en pruebas aportadas se solicitó la condena a la demandada al reintegro del ex trabajador quien ocupaba el cargo de Ayudante Agencia con las condenas consecuentes por prestaciones sociales pues se encontraba al momento de su desvinculación afiliado a las organizaciones sindicales: Unión de Trabajadores de la Empresa Alpina Productos Alimenticios S.A. “USTA”; y como adherente a las organizaciones sindicales: Sindicato de Industria Nacional de Trabajadores de Productos Alpina S.A. “SINAL” y a la Unión Nacional de Productos Alimenticios “UTA” desde mucho antes de la presentación del pliego de peticiones en el año 2015 a la demandada, pues había ingresado en el año 2010 y se había afiliado desde el 25-11 de 2010, razón suficiente para encontrarse amparado por fuero circunstancial. Adicionalmente, señaló que fue conminado bajo presión a firmar un acuerdo para retirarse de la empresa y que el a quo observo la transacción sin hacer un análisis de la misma.

Por su parte, la apoderada de Alpina Productos Alimenticios S.A., índico que para la fecha en terminó el contrato de trabajo no existía pliego de peticiones presentado por el trabajador siendo que el mismo estaba afiliado a SINTRAIMAGRA con la que se negoció una convención colectiva en el año 2015 y de la que se beneficiaba el trabajador en donde para la fecha de terminación del contrato no se había presentado pliego de peticiones, igualmente aludió que el fuero aludido solo protegía despidos sin justa causa y no mutuo acuerdo, que la transacción efectuada tenia efectos de cosa juzgada y no existió vicio de consentimiento alguno al suscribir el acuerdo transaccional situación que además no se expuso en la demanda.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se ordenara su reintegro al cargo que venía desempeñando en la empresa demandada por haber sido despedido con fuero circunstancial en su calidad de afiliado y/o miembro activo de la Unión Sindical de Trabajadores de la empresa Alpina Productos Alimenticios S.A. “USTA”, en consecuencia se le cancelaren los salarios, prestaciones sociales, aportes al SGSS y demás factores legales y/o convencionales, a la indexación de las sumas y a las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que el 19 de octubre de 2010, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con Alpina S.A. para

desempeñarse como ayudante agencia; que el último salario devengado ascendía a la suma de $1.283.200 que incluía aumentos convencionales convenidos; que la relación se mantuvo hasta el 19 de julio de 2016, cuando Alpina decidió dar por terminado de manera unilateral el contrato de trabajo; al momento del despido estaba afiliado a la organización sindical USTA con la que estaba a paz y salvo en el pago de cuotas sindicales; que USTA y UTA presentaron pliego de peticiones en junio de 2015; que USTA comunicó a Alpina el 12 de junio de 2016, la presentación de pliego de peticiones; el conflicto tuvo una duración de 2 años, le cual fue decidido por el Tribunal de Arbitramento el 11 de abril de 2018.

II. CONTESTACIÓN DEMANDA

La demandada, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó el hecho 1° y 3°, indicó que no eran ciertos otros y que no le constaban los demás. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que no existía sustento jurídico o fáctico alguno para ordenar el reintegro ya que el fuero circunstancial estaba consagrado como una protección en cabeza de los trabajadores que presentan un pliego de peticiones al empleador y la protección consistente en que no podrían ser despidos sin justa causa comprobada mientras dura el conflicto colectivo, sin embargo, bajo ese contexto se alude que el contrato de trabajo con el demandante no finalizó de forma unilateral y por tanto no hubo despido sino que termino por muto acuerdo entre las partes el día 19 de julio de 2016 y además se suscribió un acuerdo transaccional en

el que se declaró a paz y salvo a su defendida por lo que no era procedente declarar el amparo foral invocado.

Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, compensación, enriquecimiento sin causa, prescripción, buena fe y temeridad de la demanda.

III. DECISIÓN DEL JUZGADO

En audiencia del 2 de mayo de 2022, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> ***PRIMERO:*** *ABSOLVER a ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por CESAR ANDRES MARTINEZ ARIZA, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> ***SEGUNDO:*** *CONDENAR en costas de esta instancia al demandante e inclúyase como agencias en derecho la suma de $500.000.*
>
> ***TERCERO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión por parte del accionante, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin que surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.*

Como fundamento de su decisión, el juzgado señaló que no existía controversia en la relación laboral que existió entre las partes, así como que el actor se encontraba afiliado a las organizaciones sindicales USTA, SINAL y UTA, conforme se desprendía de las documentales allegadas al expediente, las cuales presentaron pliego de peticiones a Alpina S.A. el 16 de junio de 2015 y posteriormente el 11 de abril de 2018 se profirió laudo arbitral por parte del Tribunal de Arbitramento, el cual quedó en firme el 8 de mayo de 2019, con la sentencia proferida por la C.S.J., concluyendo así que el conflicto colectivo inició el 16 de junio de 2015 y culminó el 8 de mayo de 2019, de manera que al 19 de julio de 2016, fecha de

terminación del contrato gozaba de fuero circunstancial. Sin embargo la protección otorgada por el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, estaba consagrada para no ser despedido sin justa causa comprobada, encontrando que en este caso el contrato que unió a las partes culminó por mutuo acuerdo entre ellos conforme se infiere del acta de terminación y acuerdo de transacción celebrada el 19 de julio 2016 y aunque se adujo durante el interrogatorio de parte que suscribió tal documento bajo presión, tal manifestación no le restaba validez a la transacción ya que el actor en ningún momento alegó una posible nulidad de la misma por vicios en el consentimiento al punto que en las pretensiones de la demanda no hizo alusión a la existencia de la transacción y menos a que la había suscrito bajo presión, por lo que se debía absolver de las pretensiones.

IV. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta viable considerar que el actor se encontraba amparado por el fuero circunstancial y en consecuencia si era procedente el reintegro solicitado y los demás derechos laborales reclamados.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido durante el periodo comprendido entre el 19 de octubre de 2010 y el 19 de julio

de 2016 y ii) que el demandante estaba afiliado a las organizaciones sindicales USTA, SINAL y UTA como adherente.

Respecto del fuero circunstancial, el Decreto Ley 2351 de 1965, artículo 25 contempla lo siguiente: *"Los trabajadores que hayan presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto."*

A su turno, el Decreto Reglamentario 1469 de 1978, artículo 36 dispone: *"la protección a que se refiere el artículo 25 del decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados al sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención colectiva, el pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso."*

Por su parte, el artículo 433 del C.S.T, prevé que una vez presentado el pliego de peticiones, el empleador o su representante están en la obligación de recibir a los delegados de los trabajadores dentro de las 24 horas siguientes, para iniciar conversaciones, sin que esta etapa pueda diferirse por más de cinco días. Igualmente, esta norma establece que en caso de que el empleador se niegue o eluda iniciar las conversaciones de arreglo directo será sancionado con multas de cinco a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De manera que, para obtener el amparo del fuero circunstancial, debe aparecer demostrado que la organización sindical presentó al empleador un pliego de peticiones conforme lo establece la ley y que el trabajador que lo solicita, pertenece al referido sindicato, circunstancia última que se encuentra probada con los comunicaciones en las que se informó a Alpina sobre la afiliación del actor como adherente a las organizaciones sindicales USTA, SINAL y UTA (fl. 33-35) y con los acumulados por concepto de empleado allegados por la demandada en donde se observan descuentos al trabajador con destino a los sindicatos mencionados y también a SINTRAIMAGRA, organización a la que según lo indican los medios probatorios fue a la que en forma primigenia se afilio, evidenciándose el descuento conjunto para todas estas organizaciones desde de enero de 2015 (fl. 50 – 58).

Sobre el particular, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1983-2020, reiteró que a partir de la expedición de las sentencias C-567-00 y C-63-08, era factible que al interior de una empresa coexistieran varias organizaciones sindicales de base y de industria, cada una con capacidad de representación y negociación para la suscripción de una CCT y por tanto la multiafiliación sindical y pluralidad de CCT, concluyéndose además en dicho pronunciamiento que *"(…) si el orden jurídico da el derecho a afiliarse a varias organizaciones sindicales y a estas la titularidad para representar a sus afiliados en procedimientos de negociación colectiva, sus trabajadores asociados deben gozar de la protección necesaria para participar activamente y sin*

represalias, en la negociación de los pliegos de peticiones. Como se dijo, el fuero circunstancial es un elemento esencial de la libertad sindical y, específicamente, una condición indispensable para que el derecho a la negociación colectiva sea una realidad y no un simple postulado retórico.", de manera que incluso un trabajador beneficiario de una convención colectiva, puede gozar de un fuero circunstancial.

De igual forma, se logra determinar que el 16 de junio de 2015, la organización sindical USTA presentó pliego de peticiones ante Alpina y con posterioridad por UTA y SINAL, que se dio inicio a la etapa de arreglo directo el 25 de junio de 2015 la cual tuvo cierre el 14 de julio de 2015, sin ningún acuerdo por lo que se solicitó al Ministerio del Trabajo la Convocatoria del Tribunal de Arbitramento, que fue ordenada mediante Resolución No. 5058 de 2015, decisión que fue recurrida en reposición y apelación por los sindicatos y conllevó a que el Tribunal de arbitramento se instalara el 15 de febrero de 2018, profiriéndose el laudo arbitral el 11 de abril de 2018, el cual fue aclarado el 9 de mayo de 2018, decisión contra la que se propuso recurso de anulación, el cual fue resuelto por la C.S.J., S.C.L en sentencia del 8 de mayo de 2019.

Bajo el anterior marco, se considera por parte de esta Sala, que el demandante para el momento del despido en principio gozaría de fuero circunstancial, requiriéndose para activar la protección que el despido hubiese acaecido sin justa causa comprobada.

En ese orden de ideas, conviene recordar que tratándose de la carga probatoria en materia de despidos, la C.S.J., S.C.L., ha señalado en diversos pronunciamientos que al trabajador corresponde probar el despido mientras que al empleador la justeza del mismo, sobre el particular, se advierte que como documental relevante obra en el expediente acta de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, suscrita entre las partes el 19 de julio del año 2016 (fl. 39), aspecto que contraviene lo indicado en los hechos de la demanda respecto a que su empleador fue quien decidió dar por terminado en forma unilateral el contrato de trabajo, advirtiéndose además que en la misma fecha se suscribió acuerdo transaccional con el fin de superar cualquier diferencia relacionada con la vigencia y terminación del contrato y de cualquier derecho incierto y discutible.

Si bien, se observa que el actor al momento de rendir el interrogatorio de parte manifestó que fue obligado a suscribir los documentos bajo presión, lo cierto es que estos aspectos no fueron planteados en las pretensiones de la demanda ni tampoco resultaba factible colegirlo de los hechos que la sustentaban, debiendo recordarse que tanto la conciliación como la transacción producen el efecto de cosa juzgada en última instancia pero siempre podrá solicitarse la declaración de nulidad sobre la misma.

Al respecto, conviene destacar que nuestro Tribunal de cierre en sentencia SL4021-2022 concluyó *"(…) las partes pueden acudir excepcionalmente al proceso ordinario laboral, para debatir acuerdos conciliatorios con efectos de cosa*

juzgada, pero no con el propósito de volver a examinar las controversias zanjadas por su propia voluntad, pues la conciliación es un instituto jurídico concebido «como un acto serio y responsable de quienes lo celebren y como fuente de paz y de seguridad jurídica», (CSJ SL, del 9 de mar. 1995, rad. 7088), sino con el fin de que el juez laboral analice temas relativos a la validez y eficacia de la conciliación, tales como: i) el cumplimiento de presupuestos formales, como lo sería que sea aprobada por una autoridad competente; ii) la inexistencia de vicios en el consentimiento; iii) la no violación de normas de orden público, y iv) el no desconocimiento de derechos ciertos e indiscutibles (CSJ SL, del 13 de mar. 2013, rad. 44157).”, pronunciamiento que por analogía resulta aplicable al caso y que en todo caso reitera lo expuesto en sentencias que abordan específicamente la transacción como la SL2833-2017[1].

No sobra advertir, que si la parte actora consideraba que existían temas que podrían afectar la validez del acuerdo transaccional suscrito que pudieran invalidarlo ha debido elevar la respectiva pretensión y asumir la carga probatoria que le era predicable para demostrar su ocurrencia; pero en este caso ni siquiera tales supuestos se mencionaron como fundamento fáctico en la demanda.

En el proceso no hay prueba que acredite que la voluntad del demandante estuvo viciada por efecto de error, fuerza o dolo, en cuyo caso la demanda tenía que venir apoyada con

[1] C.S.J., S.C.L. sentencia SL2833-2017: *“De tal suerte que no podía imponer condena por una obligación que ya fue materia de transacción entre las partes, menos cuando no fue el caso de que el accionante estuviera alegando su nulidad.”*

pretensiones concretas en ese sentido y en el juicio existir prueba que no diera lugar a duda alguna, sin que para tales efectos sean válidas las afirmaciones que se adujeron por el demandante en el interrogatorio de parte rendido.

En ese orden de ideas, al no estar demostrado que en este caso la terminación del contrato obedeció a una decisión unilateral del empleador, sino a un mutuo acuerdo entre las partes, se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de mayo de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **EDGAR SIERRA NIETO** CONTRA **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 009 2020 00291 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al doctor Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 y tarjeta profesional No. 365.094 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de Provenir S.A. en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

De igual forma, atendiendo a lo informado en el escrito obrante en el expediente, se reconoce al doctor Oscar William Montes Urrea, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.053.836.261 y tarjeta profesional No. 316.002 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por las apoderadas de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de julio de 2022. La sentencia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos.

En esta instancia se allegaron alegatos por las partes en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto de que se declarara la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen que realizó al RAIS administrado por Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara que tiene derecho a la recuperación del RPM, a devolver a Colpensiones

por concepto de bono pensional la suma que resulte del cálculo actuarial, al pago del bono pensional debidamente indexado, junto con los intereses moratorios y el pago de costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 27 de agosto de 1959; que se encontraba afiliado al ISS hoy Colpensiones desde febrero de 1980; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A., el 1° de enero de 1999, sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos 1 y 24 e indicó que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, señalando que si bien desconocía las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó acabo la asesoría no era menos cierto que si el demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información a él brindada por parte de los asesores de la AFP más aun cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio no obra ninguna tendiente a demostrar que

se presentó algún vicio en el consentimiento, resaltando que lo que sí se puede evidenciar del escrito demandatorio era la negligencia del demandante con respecto a consultar su situación pensional.

Propuso entre otras las excepciones de 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 e innominada o genérica.

Provenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptado algunos hechos, negando otros y refiriendo que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que el traslado de régimen pensional realizado por el demandante fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional e informada, además señaló que el accionante no allegó prueba, si quiera sumaria, de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia de la afiliación o de las que se derivara que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS,

por el contrario, se evidenciaba que el accionante durante el tiempo de vinculación al régimen tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones y que no era viable que el demandante alegara pasados 20 años de su traslado inicial de régimen pensional, la voluntad de retornar al RPM, cuando teniendo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto no lo hizo.

Propuso entre otras 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.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de julio de 2022, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> ***PRIMERO:*** *DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante, Edgar Sierra Nieto, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS administrado por Porvenir S.A., el 9 de julio de 1999.*
>
> ***SEGUNDO****: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores generados por concepto de aportes, frutos y rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Edgar Sierra Nieto, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***TERCERO:*** *CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Porvenir, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas*
>
> ***CUARTO:*** *DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.*
>
> ***QUINTO:*** *COSTAS. Lo serán 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.*
>
> ***SEXTO:*** *Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el*

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía perdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado y tal presupuesto tampoco se encontró acreditado de lo expuesto en el interrogatorio de parte vertido.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Las apoderadas de las partes presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

La apoderada de Colpensiones, solicitó la revocatoria de la decisión con fundamento en que al actor no le era dable trasladarse por cuanto se encontraba incurso en la prohibición prevista de la Ley 797 de 2003, además indicó que el mismo actor afirmó que hizo un traslado libre y voluntario y que estuvo vinculado en el RAIS más de 10 años y no se

preocupó por su tema pensional, igualmente, aludió que se atentaba contra el principio de sostenibilidad financiera ya que no estaba en igualdad de condiciones con los que si habían estado cotizando afectando a estas personas y concluyó señalando que debió demostrar la falta de información y que debía tenerse un cuenta que su representada no tuvo inherencia alguna en el traslado.

Por su parte, la apoderada de Porvenir S.A., solicitó la revocaría de la decisión ya que no existían razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a la ineficacia del acto jurídico, quedando probada que la decisión tomada por la parte actora se hizo en forma consiente y espontanea sin presiones, ya que firmó el formulario de vinculación que cumplía con todos los requisitos de ley y afirmó en el interrogatorio de parte que lo hizo en forma voluntaria.

Respecto a la devolución de los rendimientos y gastos de administración, adujo que no era coherente la figura de la ineficacia con esa condena ya que la consecuencia de ello era declarar que no se había efectuado jamás por lo que los frutos tampoco se generaron y esos rendimientos pondrían al actor en una condición diferente a la que se encontraría en el RPM, contraviniendo con ello lo establecido en el artículo 897 del CCO y en el caso de los gastos de administración señaló que por mandato legal los mismo tenían una destinación específica que cumplió su cometido durante la vinculación del actor con Porvenir por lo que tales sumas ya habían sido invertidas en la forma advertida por la ley y no s encontraban en poder de su representada.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y

SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establecen el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la

afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 9 de julio de 1999.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones (fl. 43, archivo 9 expediente digital, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso,

ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y ello tampoco fue factible establecerlo del interrogatorio de parte rendido por la demandante.

En cuanto al aspecto de la devolución de rendimientos y gastos de administración, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

> *"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las*

pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 14 de julio de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO