

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SAMUEL HERNÁNDEZ CORONADO
contra JOSÉ JULIAN RODRÍGUEZ GALINDO. Rad. 2018 00290 01. Juz 12.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalada por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

SAMUEL HERNÁNDEZ CORONADO demandó a JOSÉ JULIAN RODRÍGUEZ GALINDO, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 5 y 6.

- Contrato verbal de prestación de servicios profesionales.
- Pago de honorarios por la suma de \$50.819.850 correspondiente al 25% de la suma recibida por José Julián Rodríguez (\$203.279.400).
- Intereses moratorios.
- Costas del proceso.

Subsidiarias:

- Pago de honorarios por valor de \$42.900.000 equivalente al 25% del dinero recibidos por el demandado (que corresponde a \$170.000.000).

Los hechos de la demanda se describen a fls. 1 a 5. El 07 de septiembre de 2010, el demandado otorgó poder especial a HERNÁNDEZ CORONADO como abogado principal y a GRACE MARCELA MARTÍNEZ como suplente, para adelantar hasta su culminación el proceso divisorio del predio identificado con matrícula No. 50C.1402764 ubicado en Funza - Cundinamarca. Para la misma data, FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ GALINDO (hermano del actor), suscribió con el demandante contrato de prestación de servicios profesionales en el cual se estableció que se iniciarían cuatro procesos, comenzando con la interposición de una querrela, el lanzamiento por ocupación de hecho, invasión de tierras y un divisorio, todos en aras de recuperar el predio ya mencionado el cual estaba ocupado por un invasor,

se pactó como honorarios el 25% de las sumas que se reconocieran o pagaran al contratante, valor que superaba los \$4.000.000, momento en el que el demandado, también acordó con el promotor del proceso el mismo porcentaje de pago como prestación de sus servicios como abogado.

La demanda del proceso divisorio, fue presentada por la apoderada suplente (por ser la asistente del demandante), el proceso fue admitido el 12 de enero de 2011 por el Juzgado Civil del Circuito bajo radicado No. 2010-00900. Mediante sentencia de fondo, el Juez ordenó la venta del bien en subasta pública el 7 de marzo de 2012, el predio fue embargado y en diligencia de secuestro adelantada el 20 de septiembre de 2013, el demandante entregó el bien al secuestro y a sus hermanos con el fin de que este fuese cercado y ocupado por ellos. En la primera licitación pública se fijó para el remate de la propiedad la suma de \$1.115.400.000, no obstante, no se presentó ningún oferente, tampoco RODRÍGUEZ GALINDO aportó publicaciones para el remate, por lo que se dedujo el 30% del avalúo del inmueble para la segunda licitación. El 27 de enero de 2015, el convocante solicitó la suspensión de la licitación que se llevaría a cabo el 25 de febrero de esa anualidad, para no reducir el valor del remate y pedir la autorización a sus hermanos en la venta del predio, quienes aprobaron la venta y facultaron al actor y a AYDEE HERNÁNDEZ CORONADO (hermana del demandante) para llevar a cabo la negociación el 27 de agosto de 2014.

Los autorizados (SAMUEL Y AYDEE HERNÁNDEZ CORONADO) contactaron a Ana Margoth Zambrano Parra quien ofreció pagar la suma de \$1.200.000.000, sin embargo, no se materializó ya que no era posible la entrega del bien como lo solicitaba la posible compradora. El 10 de febrero de 2015, el actor vendió el predio a Francisco Javier de Erloza y Nelson Horario Garrido, por valor de \$1.116.000.000 y la escritura y entrega del inmueble quedó a cargo de los hermanos (FRANCISCO y JULIAN). El día 19 del mismo mes y año, se admitió la querrela por perturbación de tenencia, la que fue redactada por el secuestro, presentada ante el Inspector de Policía del municipio de Funza y los gastos fueron cubiertos por el actor. Los vendedores del predio "corrieron" la escritura pública el 09 de junio de 2015, fecha en la que recibieron el pago. Además del proceso divisorio adelantado por HERNÁNDEZ CORONADO, también presentó denuncia penal ante la Fiscalía Local de Funza el 02 de junio de 2009, a la que se le asignó el radicado No. 2009-00045, donde el demandado le otorgó poder al demandante para su representación y actuó en las peticiones del 11 de junio de 2011, 27 de agosto de 2013 y 24 de febrero de 2015. Debido al incumplimiento por parte de FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ en el pago de los honorarios profesionales, HERNÁNDEZ CORONADO inició proceso ejecutivo el cual se adelantó en el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá, bajo el

radicado No. 2017 0172, en el proceso se recaudó el testimonio del demandado, quien indicó que por el proceso divisorio adelantado por el actor se pactó el 25% del valor recibido por RODRIGUEZ GALINDO, es decir \$50.819.850, suma que a la fecha no ha sido cancelada por el convocado a juicio.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad, el demandado mediante curador ad litem, el cual fue nombrado en auto del 09 de noviembre 2018 (fl. 70), contestó la demanda en los términos del escrito visible a folios 73 a 77.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de fondo; ausencia de relación jurídica entre el demandado y el demandante, inexistencia de las obligaciones demandadas, ausencia de prueba y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo, en la cual absolvió al demandado de las pretensiones. Llego a tal conclusión, luego de establecer que del material probatorio aportado no se demostró la existencia de un contrato de prestación de servicios entre las partes, como quiera que conforme lo previsto en los artículos 2142 a 2146 del Código Civil, la gestión profesional del abogado corresponde a un contrato de mandato *intuito personae*, por lo que de él no opera la solidaridad, ni la subordinación que pueda provenir de otra persona. Concluyó que de las documentales allegadas, **solo se avizora la existencia de una gestión profesional del demandante a favor de FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ GALINDO**, quien pese a ser hermano del demandado (JOSE JULIAN), no involucra ninguna responsabilidad con el convocado a juicio.

Recurso de Apelación

El **demandante** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, dado que el juzgado acogió las excepciones propuestas por el curador ad litem, sin que las mismas cumplieran los requisitos establecidos en el numeral 3 del artículo 96 del CGP, como quiera que las mismas no fueron sustentadas en debida forma, pues solo se limitó a probarlas al solicitar el interrogatorio de parte el cual no practicó. Manifestó que de la declaración rendida por el testigo ROSEMBERG

GUTIERREZ BRAVO, aunado a lo dicho por el demandando dentro del proceso ejecutivo contra su hermano, se probó que el convocado a juicio sabía que con el ejecutado (Francisco Rodríguez Galindo) se había pactado como honorarios el 25% del valor que recibiera por la venta del bien inmueble, porcentaje que también se acordó con el convocado a juicio, por lo que solicita se autorice aportar el poder otorgado por José Julián a RUBIO LONDOÑO quien fue asistente del demandante, pues el mismo no se allegó ya que no lo consideró necesario, resaltó que el resto de las pruebas arrimadas tales como los chats de WhatsApp, permiten establecer el contrato de prestación de servicios profesionales perseguido y la obligación de pago de honorarios por la gestión profesional de HERNÁNDEZ CORONADO a favor de los hermanos RODRIGUEZ GALINDO, máxime cuando la promesa de compraventa del predio al igual que el contrato de prestación de servicios suscrito con Francisco Rodríguez, fueron elaborados por el demandante. Concluyó que el contrato de servicios puede ser verbal o escrito, y que en el asunto el mismo se celebró de forma verbal, este fue consensual en los términos del art. 1500 del C.C. y reiterado por el art. 824 Código de Comercio.

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

Las partes no hicieron uso de esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos por la parte demandante en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*". El cual se limita a establecer si existió un contrato de prestación de servicios profesionales entre las partes y si hay lugar al pago de los honorarios pretendidos.

Contrato de Prestación de Servicios Profesionales.

.Al respecto, es importante resaltar que los contratos de prestación de servicios, están regulados por las normas propias del contrato de mandato el cual está previsto en los artículos 2142 y siguientes del Código Civil. El citado artículo, señala: "*El mandato es un contrato en **que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra**, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama **comitente o mandante**, y la que **lo***

acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.” (Subrayado fuera de texto). A su vez el artículo 2143 dispone que puede ser gratuito o remunerado y que el pago es determinado por la convención de las partes, por la ley o por el juez, e igualmente el artículo 2184 numeral 3º *ibídem*, define que el **mandante** está obligado entre otras cosas a pagarle al mandatario la remuneración estipulada o la usual¹, lo que significa que conforme a la definición ya enseñada por el Código Civil, el contrato de prestación de servicios profesionales es *intuitu personæ*.

Valoración probatoria

El testigo **ROSEMBERG GUTIÉRREZ BRAVO**, quien conoce a Francisco y a José Julián Rodríguez Galindo (demandado), ya que ellos le solicitaron un abogado para la recuperación de un bien inmueble ubicado en Funza, manifestó que él (testigo) recomendó al demandante. Indicó que él vigiló el proceso divisorio por autorización del actor, sabe que las actuaciones que adelantó el promotor del proceso fueron la acción penal por invasión de tierras, la querrela en la inspección de policía de Funza y el proceso divisorio hasta su culminación, en el último dijo que por honorarios a favor de la activa, se pactó el 25% sobre el valor que recibiera cada uno de los hermanos (Francisco y José Julián) por la venta del bien inmueble, proceso que se llevó a cabo en el Juzgado Civil del Circuito de Funza. Concluyó que los servicios profesionales del actor iniciaron en el año 2009, pues la denuncia penal se interpuso en ese año y a los pocos meses inició el proceso civil, se logró recuperar el predio el cual fue entregado a Francisco y José Julián Rodríguez Galindo, a quienes se les recomendó cercarlo, a partir del 2015 el testigo fue quien realizó las publicaciones para la venta y la autorización para la misma fue otorgada a Marcela y al demandante.

De otra parte, el demandante para acreditar la existencia del contrato alegado, aportó contrato de prestación de servicios profesionales (fls. 81 y 82) suscrito por FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ GALINDO (hermano del demandado) en calidad de **poderdante**, en el que se designó como **apoderado** a SAMUEL HÉRNANDEZ CORONADO (demandante), para iniciar y llevar hasta su culminación cuatro procesos: *“una querrela para lanzamiento por ocupación de hecho, otro para iniciar proceso civil de lanzamiento por ocupación de hecho, otra más para actuar como víctima en proceso penal por el delito de invasión de tierras y edificios y el ultimo para iniciar proceso civil divisorio”*, y en éste el poderdante se comprometió a pagar al mandatario por su gestión profesional, una cuota litis equivalente al 25% de las

¹ **ARTICULO 2184. OBLIGACIONES GENERALES.**

El mandante es obligado: (...)

3). A pagarle la remuneración estipulada o usual.

sumas que le fueran reconocidas a RODRÍGUEZ GALINDO, más \$4.000.000 pagaderos durante el curso de los procesos, también se cuenta con copia de la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito del municipio de Funza el 07 de marzo de 2012 (fls. 12 a 17), en la que se decretó la venta en pública subasta del lote ubicado en el Funza- Cundinamarca identificado con matrícula No. 50C.1402764, proceso divisorio en el que actuó como demandante FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ GALINDO (hermano del demandado) contra LUZ ELENA RODRIGUEZ, GONZALEZ RODRIGUEZ ALONSO, GLORIA RODRIGUEZ ALONSO y JOSÉ JULIAN RODRIGUEZ GALINDO (demandado), acta de diligencia de secuestro del bien inmueble ya mencionado emitida por la Alcaldía de Funza (fl. 18) en el que se lee que el demandante actuó como apoderado de FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ GALINDO, contrato de promesa de compraventa (fls. 19 a 21) suscrito por Francisco Javier de Erloza Ajamil y Nelson Horacio Garrido Beltrán como prometientes compradores y Francisco Javier Rodríguez Galindo Contra Luz Elena Rodriguez, González Rodriguez Alonso, Gloria Rodriguez Alonso y José Julián Rodriguez Galindo como vendedores del predio objeto del proceso divisorio, querrela por perturbación de tenencia suscrita por CARLOS ARTURO CASTAÑEADA LOAIZA (fls. 22 y 23) en calidad de secuestro del inmueble del proceso divisorio 200-900, admisión de la misma la cual milita a folio 26, documento expedido por la Inspección Primera Municipal de Policía, el 18 de agosto de 2015 (fls. 27 y 28) en la que se decidió abstenerse de declarar la ilegalidad solicitada por HOLMAN CUADROS SIERRA ocupante del predio y solicitud de suspensión diligencia de remate (fl. 30) firmada por el actor en calidad de apoderado de FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ GALINDO.

Ahora, también se cuenta con chats de WhatsApp, resaltados por el apelante los cuales militan a folios 32 a 34 del plenario, a los que La Sala no les otorga validez para los fines pretendidos, como quiera que el artículo 244 del CGP dispone:

“ARTÍCULO 244. DOCUMENTO AUTÉNTICO. *Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento...” (Subrayado fuera de texto).*

Mensajes de datos de los cuales como no se advierte el destinatario ni el remitente (*individualización que resulta necesaria para ubicar a las que partes que participan de la conversación*), pues de lo que allí se lee como "Javier Funza" y "Samy", no puede entenderse que correspondan a las partes del presente asunto, ya que tal y como lo prevé la norma referida, tales mensajes o chats solo son **auténticos** si se conoce con certeza de quien provienen los mismos.

De todo lo anterior concluye La Sala, que de ninguna de las anteriores documentales, se avizora la existencia del contrato de prestación de servicios profesionales que

predica el demandante con JOSÉ JULIAN RODRIGUEZ GALINDO, ya que todo el material probatorio aportado, da cuenta de que el contrato de mandato para la gestión profesional dentro de los distintos procesos ya mencionados, fue suscrito con FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ GALINDO, esto es, con el hermano del convocado a juicio, sin que sea dable aceptar que en virtud de ese parentesco el mismo resulte suficiente para demostrar que también el demandado pactó con HERNÁNDEZ CORONADO el pago de los honorarios aquí perseguidos, pues tal y como lo afirmó el A quo, el contrato de mandato no admite subordinación y mucho menos solidaridad, ya que como se dijo este es *intuitu personæ*.

Por otro lado, respecto a la petición del recurrente, encaminada a que en esta instancia se decrete la documental consistente en el "*poder otorgado por el demandado a HERNÁNDEZ CORONADO*" y la práctica del testimonio de la asistente del actor, La Sala recuerda que conforme lo dispuesto en el art. 83 del CPTSS tal petición es improcedente, máxime al advertirse que el apelante afirma no haberlos aportado por "*no los considero necesarios*"; en ese orden, como tales pruebas no fueron pedidas en el libelo introductor para que fuesen decretadas, controvertidas y valorado por el Juez de instancia, a sabiendas de que el actor como profesional del derecho conoce las disposiciones que regulan la materia, y como tampoco cumplió con su deber probatorio en los términos del art. 167 del CGP, no se accede a tal petición por no cumplirse con las exigencias de la norma referida.

Finalmente, para La Sala tampoco es de recibo el argumento del apelante, consistente en que las excepciones propuestas por el curador Ad Litem no cumplen con los requisitos previstos en el numeral 3 del artículo 96 CGP, como quiera de la contestación de la demanda (fls. 73 a 77), se advierte que las excepciones de fondo allí propuestas (ausencia de relación jurídica entre el demandado y el demandante, inexistencia de las obligaciones demandadas, ausencia de prueba y genérica), si fueron sustentadas conforme las facultades del curador.

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del parte recurrente. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del parte recurrente. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLAUDIA PATRICIA SILVA APARICIO
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y AFP COLFONDOS S.A. Rad. 2018 - 00336 - 01 Juz. 11.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CLAUDIA PATRICIA SILVA APARICIO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP COLFONDOS S.A.** para que se profiera la declaración contenida a folio 5, consistente en que se ordene el traslado del RAIS al RPM.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 y 4. El 15 de noviembre de 2016, solicitó ante COLPENSIONES traslado de régimen del RAIS al RPM, al momento de la presentación de la solicitud contaba con 46 años, sin embargo, mediante respuesta No. BZ2016_13296977-2985959, notificada en julio de 2017 fue negada la petición bajo el argumento de que no cumplía con el requisito de la doble asesoría, situación no indicada al momento de presentar la solicitud. Posteriormente cumplió con el requisito de doble asesoría y allegó los soportes requeridos el 16 de agosto de 2017, sin embargo, mediante respuesta No. BZ2017_8625786-2202544 del 17 de agosto de ese año, notificada el 23 de noviembre, COLPENSIONES negó nuevamente la solicitud al señalar que se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, esto es, que cuenta con menos de 10 años para cumplir el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez. El 30 de noviembre de 2017, se dirigió a la Sede Salitre de COLPENSIONES para radicar recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión adoptada, sin embargo el funcionario no quiso recibirle el documento, argumentó que debía diligenciar otro formulario y modificó el encabezado del escrito, con lo cual, según COLPENSIONES, lo que radicó fue una nueva solicitud de traslado, la que fue nuevamente rechazada en comunicación No. BZ2017_12705482-3394977 del 28 de diciembre de 2017, esta vez bajo el argumento de que quien decide sobre la solicitud de traslado de régimen es el fondo al que se encuentra afiliada y del que se va a trasladar, para el caso concreto, la AFP COLFONDOS.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad mediante auto del 14 de septiembre de 2018 (fl. 45 y 46) y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **AFP COLFONDOS S.A.** en los términos del escrito visto a fls. 62 a 77.

- Se opuso a la pretensión.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y genérica.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito visto a fls. 86 a 95.

- Se opuso a la pretensión.
- En cuanto a los hechos aceptó las solicitudes presentadas por la actora y las respuestas negativas.
- Formuló como excepciones de mérito; descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que absolvió de todas las pretensiones. Llegó a esa determinación al considerar que al momento de la solicitud de traslado de régimen, la demandante no cumplía con lo establecido en el párrafo 1º del Art. 2º de la Ley 1748 de 2014, esto es, haber recibido la doble asesoría, además, no probó que el actuar de COLPENSIONES haya sido negligente, resaltó que la demandante solo cumplió con el requisito legal de doble asesoría 8 meses después de haber presentado la solicitud inicial (cuando ya había cumplido el límite de la edad - prohibición de que trata la Ley 797/2003) por lo que su omisión en las cargas que le atribuye en la Ley hacían improcedente el traslado de régimen. Dado el resultado del proceso, declaró probados los hechos sustento de la excepción de mérito planteada por COLPENSIONES inexistencia del derecho para regresar al RPM y se abstuvo de estudiar las demás excepciones planteadas.

Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante manifestó que la administración de justicia no debe sanear las fallas en el servicio brindado por los asesores de COLPENSIONES, quienes se abstuvieron de indicarle el procedimiento correcto para el traslado de régimen a la demandante en el momento oportuno, lo que la llevó a incurrir en error y le imposibilitó su traslado de régimen.

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

Parte demandante; pide se ordene el traslado de régimen, al considerar que el actuar de Colpensiones pretender coartarle el derecho a escoger libremente el régimen al que desea afiliarse, aunado a que la entidad no le informó a Colfondos de la intención de cambio de régimen tal como lo ordena la Circula 007/96 emitida por la Superintendencia Financiera, lo que prueba que Colpensiones no cumplió con las obligaciones que le asisten.

Parte demandada; AFP COLFONDOS: guardó silencio.

COLPENSIONES: indicó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado prevista en el art. 2 de la Ley 797/03 por lo que no es procedente ordenar su traslado, aunado a que la afiliación de la actora a la AFP fue libre y voluntaria, sin que se haya demostrado la existencia de vicios del consentimiento.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del formulario de afiliación radicado el 15 de noviembre de 2016 (fl. 10), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Procedimiento del traslado de régimen pensional

La decisión del traslado de régimen pensional o de administradora, corresponde a una expresión de la voluntad del afiliado, la cual se materializa mediante el diligenciamiento del formulario correspondiente ante la administradora de pensiones seleccionada, de conformidad con las disposiciones normativas vigentes. La ley 797 de 2003, al respecto en su artículo 2º literal e), inciso primero, dispone;

*"e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, **el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez**"*

A su vez la Circular Externa 019 de 1998¹ expedida por la Superintendencia Bancaria, dispuso en el capítulo primero las instrucciones generales relacionadas con las entidades administradoras del sistema general de pensiones, y precisó en el numeral 3.2 que:

"3.2 Diligenciamiento del formulario

Cuando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradora, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora, de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular."

Ahora bien, las normas que regulan la afiliación a la seguridad social en pensiones brindan los mecanismos a las administradoras para cuestionar si en ese acto se encuentra alguna irregularidad, como lo contempla el artículo 12 del Decreto 692 de 1994, que dice:

"Art. 12.- Confirmación de la vinculación. Cuando la vinculación no cumpla los requisitos mínimos establecidos, las administradoras deberán comunicarlo al solicitante y al respectivo empleador dentro del mes siguiente a la fecha de solicitud de vinculación. Si dentro del mes siguiente a la solicitud de vinculación, la respectiva administradora no ha efectuado la comunicación prevista en el inciso anterior, se entenderá que se ha producido dicha vinculación por haberse verificado el cumplimiento de todos los requisitos establecidos para el efecto"

Descendiendo al caso concreto y para resolver el asunto, se tiene que la actora suscribió formulario de afiliación ante Colpensiones el 15 de noviembre de 2016 (fl. 10) el cual está debidamente diligenciado según las exigencias normativas, y al verificar si la demandante efectuó la solicitud en el término descrito en la Ley 797 de 2003, artículo 2° literal e), esto es, antes de cumplir los 47 años de edad, límite que dispone la norma para solicitar el traslado y, sí cumplió con lo preceptuado en el Parágrafo 1° del Art. 2° de la Ley 1748 de 2014, esto es, haber recibido la doble

¹ **TITULO CUARTO ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES Y CESANTÍAS. CAPITULO PRIMERO**

3. PROCEDIMIENTO PARA EL TRASLADO DE AFILIADOS: De conformidad con lo previsto en los artículos 60, literal c), 113 y 114 de la Ley 100 de 1993, 15 y 16 del Decreto 692 de 1994, y con fundamento en el literal a) del numeral 3o. del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, esta Superintendencia se permite impartir las siguientes instrucciones sobre el procedimiento para el traslado entre regímenes pensionales y entre las diferentes administradoras del Sistema General de Pensiones.

3.1 Términos para los traslados

Este Despacho estima conveniente recordar los términos de tres (3) años y de seis (6) meses, ambos contados desde la selección anterior, para trasladarse de régimen o para cambiarse de sociedad administradora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, respectivamente, previstos en los artículos 15o. y 16o. del decreto 692 de 1994. Se entenderá que hubo selección desde el momento en que se presentó debidamente diligenciado el formulario correspondiente a la entidad administradora escogida, siempre que no se haya ejercido el derecho de retracto en los términos establecidos en el artículo 3o. del Decreto 1161 de 1994.

asesoría, se advierte que SILVA APARICIO al haber nacido el 02 de enero de 1970 (conforme lo registrado en el formulario de traslado – folio 10), cumplió los 47 años de edad el mismo día y mes del año 2017, por lo que a la fecha en que radicó el formulario de vinculación no se encontraba inmersa en la prohibición legal. A su turno, una vez revisado el reporte del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión- SIAFP (fl. 82) se corrobora que la demandante estaba afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, desde el 01 de octubre del 2000, con lo que cumple con la exigencia de permanencia mínima en el RAIS, pues ha permanecido allí por 21 años, término superior a los 5 años exigidos por la norma ya citada.

En cuanto al diligenciamiento del formulario de afiliación, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 42787² del 13 de marzo de 2013, realiza una ponderación de los efectos que produce la simple suscripción del formulario de afiliación, el cual constituye una responsabilidad recíproca, por parte del interesado, quien debe realizar el traslado con la debida diligencia y el lleno de todos los requisitos contemplados en la Ley y, por parte de la nueva administradora de pensiones que seleccionó el trabajador, la que tiene el deber de verificar los datos y la información allí consignada, sin perder de vista la protección de los derechos laborales de los trabajadores, sobre todo de aquellas contingencias que la afecten directamente. Aunado a esto a partir del año 2014, el legislador estableció un nuevo requisito previsto en el parágrafo 1º del Art. 2º de la Ley 1748 de 2014, para que procedan los traslados de regímenes pensionales y aquí estableció que:

*"En desarrollo de lo anterior, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán garantizar que los clientes que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, **reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado** entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia."*

Y el Decreto 2071 de 2015, en su artículo 2.6.10.2.3., al desarrollar la forma de llevar las asesorías e información del Consumidor Financiero, reiteró la responsabilidad de las AFP en impartir un buen consejo en estos casos, donde el afiliado cuente con la información completa en cuanto a beneficios, inconvenientes y efectos de la decisión en cada uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones, así el inciso segundo de ésta norma, al complementar la exigencia normativa anterior, precisa:

² Frente a este tópico, a partir de la sentencia SL 42787, 13 mar. 2013 esta Sala de la Corte fijó la regla según la cual el simple diligenciamiento del formulario de vinculación produce el efecto de la afiliación o traslado de régimen o entidad administradora, así no existan cotizaciones al sistema. Para una mejor ilustración, en aquella sentencia, se expuso: 1.- La jurisprudencia tradicional de la Corte ha entendido que tanto en el caso del régimen de prima media, como en el de ahorro individual, para que la afiliación tenga validez, y surta plenos efectos, es menester que vaya acompañada de al menos una cotización, pues de lo contrario el acto jurídico de la afiliación no pasa de ser una mera formalidad y debe ser asimilado a una falta de afiliación. En sentencia de 9 de marzo de 2004, rad. N° 21541, en un proceso contra el Instituto de Seguros Sociales precisó la Corporación: "Debemos indicar que si bien es cierto en el año de 1971 la demandada inscribió al trabajador al seguro social se trató de un acto simplemente formal, en cuanto no estuvo acompañada de cotización alguna, lo cual se ha de asimilar a una falta de afiliación; así se ha de entender que el actor sólo (sic) fue afiliado al Sistema de Seguridad Social en 1997, para cuando se hizo una inscripción acompañada de cotizaciones. Esta situación ha llevado a la Corte a un replanteamiento del tema, en el sentido de considerar que la afiliación al sistema general de pensiones una vez realizada por el empleador, si la ha hecho con el lleno de los requisitos de ley, produce plenos efectos, sin que se tenga como exigencia adicional para su validez, que vaya acompañada de cotizaciones. Y eso es así porque de conformidad con las normas que han regulado los efectos de la afiliación al sistema general de pensiones, este acto jurídico produce efectos desde cuando se entrega debidamente diligenciado el correspondiente formulario.

*"Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, **deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.** Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia."*

De lo anterior, se colige la posición garante de las administradoras pensionales en cuanto al suministro de la información de cada afiliado, sin que sea dable entender que es responsabilidad de los Fondos requerir a sus consumidores financieros para brindar la respectiva información, pues el interesado en el cambio de régimen pensional es el que está llamado a cumplir con los requisitos previstos en la Ley, sin que en el caso se haya cumplido con la doble asesoría establecida desde el año 2014, la que le fue puesta en conocimiento a la demandante el mismo día que ella elevó la solicitud de traslado (15 de noviembre de 2016), pues de la comunicación que obra a folio 11, aportado por la actora se tiene que COLPENSIONES en esa misma fecha le dijo que su petición era improcedente por no contar con la asesoría que se echa de menos, le citó las normas que regulan el tema y la invitó a que pidiera en cada entidad la asesoría correspondiente, actuar que para La Sala, resulta leal a los intereses de la demandante, y si en gracia de discusión esta documental se hubiera puesto de presente 8 meses después, es de indicar que conforme el artículo 9 del Código Civil, el desconocimiento de las normas no justifica su omisión. En ese orden el actuar de COLPENSIONES al negar el traslado de régimen pensional por falta de un requisito legal (doble asesoría) no resulta caprichoso o negligente, ya que es el ordenamiento jurídico vigente el que obliga a las partes a velar por el cumplimiento de lo dispuesto en las normas desarrolladas.

Resulta oportuno indicar que era obligación de la demandante estar atenta al estado de su trámite, y no esperar 8 meses después de presentada la solicitud para indagar por la misma, máxime cuando se encontraba en el límite de la prohibición legal (cumplimiento de la edad). De otra parte en cuanto al dicho del apelante respecto a que la administración de justicia saneó las actuaciones negligentes de COLPENSIONES porque el fondo público no hizo los requerimientos en tiempo ni informó a la demandante en tiempo de su situación, es de precisar que la decisión en estudio se ajusta a las normas que gobiernan el asunto, por lo que al no existir pruebas que demuestren la diligencia y cumplimiento de los requisitos impuestos por el legislador, a La Sala no le queda otro camino que **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de quinientos mil pesos (\$500.000).

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del circuito de Bogotá el 8 de septiembre de 2020, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ MANUEL MENDOZA VEGA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00464 01 Juz 34 (41).**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JOSÉ MANUEL MENDOZA VEGA demandó a la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 2 a 3.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 5. Nació el 26 de noviembre de 1958. Laboró para los empleadores Bancomercio, Contraloría de Cundinamarca, Empresa Nacional de Telecomunicaciones y el Banco Av Villas, dentro del periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 1981 hasta el 30 de noviembre de 1996. Cotizó en el ISS un total de 618 semanas. Se trasladó a la AFP Porvenir En el mes de diciembre de 1996. Los asesores fueron hasta la oficina comercial del Banco Av Villas, lugar de trabajo del actor en dicho momento, y le dijeron que le convenía trasladarse al RAIS porque posiblemente nunca se pensionaría en el ISS, y que en caso ello pasara, el trámite pensional demoraría unos cinco años. El señor Jose

Manuel Mendoza en la actualidad cuenta con 1712 semanas cotizadas. El 3 de julio de 2018 radico derecho de petición ante la AFP Porvenir mediante el cual solicito la nulidad de la afiliación y el retorno al RPM. El 30 de junio de 2018 elevó solicitud de nulidad de traslado del RPM al RAIS ante Colpensiones, la cual fue rechazada. Porvenir S.A., le realizó proyección de mesada pensional y le indicó que le correspondería una cuantía de \$2.230.100. De otra parte, en el RPM percibiría una pensión de \$6.615.390 aplicando una tasa de remplazo de 71.59%. La diferencia entre la mesada pensional reconocida en el RPM y el RAIS es de \$4.385.290.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta ciudad (Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en los términos del Acuerdo CSBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020 y PSCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020), el cual fue remitido en descongestión al Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito y corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 120 a 133.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, la repuesta de Porvenir S.A. a la solicitud de traslado, el derecho de petición radicado ante Colpensiones y la simulación pensional realizada por la AFP Porvenir.
- Formuló como excepciones de fondo; inexistencia de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y genérica.

La AFP PROTECCIÓN S.A., contestó en los términos del escrito visibles en folios 177 a 191.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ninguno de los hechos.
- Formulo como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

Mediante auto de fecha 1º de marzo de 2021 el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en los términos del Acuerdo CSBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020 y PSCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020, avoco el conocimiento del proceso de la referencia.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP acreditó el cumplimiento del deber de información según lo exigido en la normatividad. De otro lado, concluyó que el actor conoce las condiciones y características de cada régimen pensional, más aún cuando ya tenía 600 semanas cotizadas en el ISS y por tanto sabía con claridad cuáles eran las diferencias entre uno y otro, situación que fue reiterada y confesada por el demandante en su interrogatorio de parte. Finalmente, se aparta de lo expuesto por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues la misma señala que se debe estudiar cada caso en particular, y como quiera que las situaciones fácticas, así como las pruebas traídas al proceso difieren de los casos estudiados por esa corporación, para el caso objeto de estudio no se accede a las pretensiones.

Recurso de apelación

La parte demandante inconforme con la sentencia, manifiesta que le corresponde a la AFP conforme a la inversión de la carga de la prueba, demostrar que cumplió con el deber de información, situación que en el presente caso no se cumple como quiera que pese a que el señor demandante conocía muchas de las características del RAIS, no sabía acerca de las desventajas o beneficios que perdería en virtud del traslado. En el presente caso el actor fue inducido a cambiarse de régimen mediante engaños y propuestas atractivas que motivaron una decisión que aunque fue voluntaria y libre no estuvo revestida por un consentimiento debidamente informado. Indica que no le fue mostrado un plan de pensiones, un comparativo o proyecciones que le permitiera tomar una óptima decisión. Resalta que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1452 de 2019 indicó que el deber de información siempre ha existido desde la creación de las administradoras de fondos de pensiones.

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

Parte demandante: señala que fue acreditado que los asesores de la AFP PORVENIR, no le indicaron al actor las ventajas y desventajas del cambio de régimen, ni mucho menos que el valor de su mesada se vería afectada. En el interrogatorio, también se evidenció que nunca le hablaron de características puntuales del RAIS como lo son las modalidades de pensión existentes en el RAIS, cuál era el capital mínimo que requería para obtener una pensión anticipada, no se le informaron que requisitos necesitaba para pensionarse en este nuevo régimen o que podría retractarse de dicho acto jurídico dentro del término que establece la ley.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** solicita se confirme la decisión proferida en razón a que el demandante se encuentra en la actualidad en la prohibición legal de la edad para trasladarse de régimen pensional, no se probó ningún vicio en el consentimiento del actor al momento del traslado de régimen, ya pasó el tiempo establecido en el código civil para pedir la nulidad del acto, el accionante no cumplió su deber de probar lo pedido según el código civil, dice también que no se le puede exigir algo imposible a la AFP para probar algo sucedido hace 25 años, la administradora cumplió con lo exigido e informó según lo establecido en la norma de la época del traslado, e igualmente que ordenar el traslado de régimen pensional del actor generaría una descapitalización al sistema de seguridad social. Por otra parte, dijo Colpensiones que si se revoca la decisión no sea condenada en costas al no participar en el acto que se presume ineficaz, y que se condicione su condena al previo traslado de los valores de la cuenta del actor por parte del AFP
- **PORVENIR S.A.:** precisa que los presupuestos legales no resultaron demostrados en el proceso, pues el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y el cumplimiento del deber de información en cabeza de la Administradora de Fondos de Pensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 30 de junio de 2018 (fls. 59 a 65), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al RAIS desde el 5 de diciembre de 1996 cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir (fl. 194).

Validez del traslado de régimen

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

Al respecto, si bien el actor el 5 de junio de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir S.A. (fl. 194), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

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

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas²

al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

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

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

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

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

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

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

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

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

³ *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información. La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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

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

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

José Manuel Mendoza Vega rindió interrogatorio de parte en el cual relato que se trasladó el 5 de diciembre de 1996 data para la cual firmó el formulario de afiliación a Porvenir S.A. Le informaron sobre una cuenta donde le iban a consignar sus aportes. Le dijeron que una de las ventajas en Porvenir eran los rendimientos financieros que aumentarían el capital de ahorro para obtener una mejor pensión. Le relataron sobre los aportes voluntarios, pero manifestó que nunca los hizo porque el salario no alcanzaba para hacer una cotización extra. A su vez, le dijeron que la solicitud de pensión en Porvenir se tramitaría en dos meses y que en cambio el ISS se demoraba cuatro meses. La oficina de bienestar de la empresa los citó a los que le faltaran menos de tres años para pensionarse y los invitaron a una charla en donde estaban dos asesores, uno de Porvenir S.A. y otro de Colpensiones, allí preguntó y solicitó una proyección de la mesada pensional, tanto en Colpensiones como Porvenir y la diferencia fue muy notoria. La mesada en Colpensiones sería de \$4.000.000 y en Porvenir \$1.900.000. Aduce que se encuentra inconforme con el monto de su mesada pensional porque laboró 42 años y por ser leal a la corporación a la que estaba vinculado en esa época, decidió afiliarse de forma voluntaria, sin embargo, fue convencido por la amplia gama de beneficios que le expusieron. Dice que en esa época tenía 38 años de edad y le faltaban más de 20 años para pensionarse y en ese momento no se preocupó ni por el monto de la pensión ni por el fondo de pensiones, simplemente su interés era empezar a trabajar. Solicitó ante Colpensiones su historia laboral y el traslado del bono pensional a Porvenir para incrementar el monto de la mesada pensional, ya que hasta el momento le parecía muy inferior a sus expectativas.

En consideración a lo anterior, encuentra la Sala que contrario a lo afirmado por el A quo respecto al cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, es evidente que la administradora de pensiones no brindó al actor una información objetiva, clara y suficiente. Se observa que lo dicho por Porvenir S.A. al momento de la afiliación del demandante acerca de un trámite más rápido y ágil en el RAIS para solicitar la pensión de vejez, el cual demoraba tan solo dos meses con Porvenir y que en el ISS el mismo trámite duraría cuatro meses; es una afirmación carente de sentido, pues independientemente del régimen pensional, el plazo para que las

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

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

entidades tramiten una solicitud de pensión es el mismo y está estipulado en el artículo 9° de la ley 797/03. Así las cosas, se vislumbra una intención de disfrazar y acomodar la información para hacerla más atractiva ante el potencial afiliado. De otra parte, no es de recibo para esta Corporación la conclusión del juzgador de primera instancia, en cuanto al cumplimiento del deber de información en razón a las reuniones a las que asistió el demandante para enterarse de las condiciones y características de cada régimen, toda vez que solo fue una charla convocada por la oficina de bienestar de la empresa cuando le faltaban menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión, situación que no ocurrió antes o durante el momento de la afiliación inicial al RAIS, tal y como erradamente concluyó el A quo.

En consecuencia, la AFP Porvenir no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, pese a que también fue allegada la solicitud de afiliación (fl.194) consignada con la firma del demandante, no es prueba suficiente para acreditar un consentimiento debidamente informado. Pues no demostró haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

La AFP Porvenir, se limitó a manifestar que brindó una asesoría clara, precisa y suficiente en cuanto a las ventajas y desventajas del traslado y que cumplió con las previsiones del Dto. 692 de 1994. Sin embargo, no encuentra esta Sala la realización de proyección de mesada pensional, tampoco el cálculo de la tasa de reemplazo en una y otra administradora y el cálculo del IBL de la demandante. Información que debió ser suministrada al momento del traslado, no posterior al mismo, como quiera que es un elemento que permite inferir el cabal cumplimiento del deber de información, al ilustrar al afiliado para que tomara la decisión más óptima aplicable a su caso en particular. Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de informar acerca de las características generales de cada régimen pensional o trasladarse de AFP, pues contar con tal información sin la proyección real del monto de la pensión

en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta. Con base en lo anterior, la AFP Porvenir no demostró que su actuar se ajustó al deber de información en el momento de la selección del régimen que exige la SL CSJ el cual siempre ha existido (SL1452-2019) y es por esto, que no basta con la manifestación de la demandada al aseverar que cumplió con tal deber, pues su actuar debía ser demostrado, para lo cual hubiera bastado con acreditar el suministro de un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, la proyección del monto de su pensión actuando el mismo IBC, o informar cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 24 años para alcanzar la edad de pensión, garantizando de esa manera una afiliación libre y voluntaria.

De otra parte, es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar:

⁴ *"Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.*

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

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

(...)

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

*“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.* Se resalta que si bien existe diferencia entre ineficacia y nulidad, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya ha indicado que el camino para abordar estos temas es la ineficacia tal como se desprende de la interpretación de los artículos artículo 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 13 del CST y art. 53 de la Constitución Política, la jurisprudencia también ha precisado en SL4360, SL1688⁵ y SL3464 de 2019, que al no haber previsto el legislador un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, sus consecuencias prácticas eran idénticas, y acogió por analogía el mandato previsto en el art. 1746 del Código Civil que gobierna régimen de nulidades para aplicarlo a estos casos.

Así las cosas, es evidente que al actor no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conducirá inexorablemente a revocar la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación de JOSE MANUEL MENDOZA VEGA al régimen de ahorro individual efectuada el 5 de diciembre de 1996 a la AFP Porvenir S.A. (fl. 194) decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Devolución de los gastos de administración

Frente a la viabilidad de la devolución de los rendimientos de los aportes que tenga la actora en su cuenta individual y los gastos de administración, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que*

5

trasgredió las prescripciones legales”, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones.

En consecuencia, y como quiera que actualmente el actor se encuentra vinculado con la AFP Porvenir S.A., ésta tiene el deber de devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen

Frente a la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen, es de resaltar que no puede exigírsele al demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace 24 años tomo esa decisión, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, resulta imprescriptible dado el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en la leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

Bajo los anteriores argumentos, se habrá de **revocar** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se **REVOCAN** y quedarán a cargo de las demandadas. Sin costas en la alzada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de abril de 2021, la cual absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado del señor JOSÉ MANUEL MENDOZA VEGA al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 5 de diciembre de 1996 a la AFP PORVENIR S.A. y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

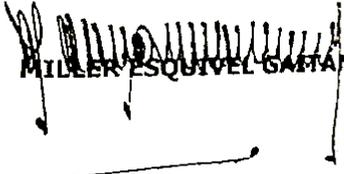
SEGUNDO.- CONDENAR a la entidad demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** como actual administradora del actor, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubieren recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con los respectivos rendimientos que se hubieren causado, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. - COSTAS. Las de primera instancia se **REVOCAN** y quedarán a cargo de las demandadas. Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAMÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LEIDY RODRÍGUEZ BELTRÁN CONTRA CORPORACIÓN HOSPITALARIA JUAN CIUDAD. Rad. 2019 - 00033 01. Juz. 5.

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

SENTENCIA

LEIDY RODRÍGUEZ BELTRÁN demandó a la CORPORACIÓN HOSPITALARIA JUAN CIUDAD para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 2 y 3.

- Contrato de trabajo a término fijo, suscrito el 19 de junio de 2012 por 102 días.
- Indemnización por despido injusto.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls 1 y 2. Se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo desde el 19 de junio de 2012, en el cargo de auxiliar de enfermería con un salario de \$1.610.000, su contrato se prorrogó en diferentes oportunidades. El 1 de julio de 2018, la pasiva dio por terminada la relación laboral sin justa causa a partir del 6 de agosto del mismo año, sin embargo, al momento del finiquito laboral estaba en curso la prórroga del contrato para el ciclo 01 de julio de 2018 hasta el 31 de julio de 2019, por lo que se hace acreedora a la indemnización del art. 64 del CST.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado respectivo, la demandada contestó en los términos del escrito visible a fls. 28 a 36.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el cargo y la jornada laboral.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió a la demandada de todas las pretensiones. Llegó a esa determinación luego de analizar las pruebas aportadas al proceso y evidenciar que la duración del primer contrato era de 102 días, pero en aplicación a la sentencia SL981/2019 la continuidad lo fue de 104 días ya que los contratos se ejecutan todos los días incluyendo el tiempo de descansos y festivos. Manifestó que una vez revisadas las prórrogas inferiores a un año, estas estuvieron comprendidas entre el 1 de octubre de 2012 al 27 de abril de 2013, y del día siguiente hasta el 8 de agosto de ese año, momento en que venció la tercera prórroga, por lo que de ahí en adelante el contrato de trabajo se prorrogaba de año en año (desde el 8 de agosto de 2013), por eso todos los contratos posteriores tendrían como fecha de finiquito el 08 de agosto de cada anualidad y como el preaviso se comunicó el 6 de julio de 2018, coligió que el misma estaba en término.

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

Parte demandante: No hizo uso de esta etapa.

Parte demandada: Pide se confirme la decisión, dado que la terminación del contrato de trabajo de la demandante se hizo conforme lo previsto en el art. 61 del CST.

CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante al ser el fallo adverso a sus pretensiones.

Contrato de trabajo a término fijo.

Al respecto se debe tener en cuenta lo consagrado en el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señala que el contrato a término fijo debe constar por escrito, su duración no podrá ser superior a tres años y que se renovará de manera indefinida, en él también se indica que: *"Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente"* (subrayado fuera de texto), además *"si el término fijo es inferior a un año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un año, y así sucesivamente"*. En el asunto el 19 de junio de 2012, las partes firmaron un contrato de trabajo a término fijo con fecha de inicio de labores el 19/06/2012 hasta el 30/09/2012 (para un total de 102 días), y dicho contrato tuvo los siguientes extremos:

Prórrogas	Fecha Inicio	Fecha Finalización	Duración
Contrato	19/06/2012	30/09/2012	102
Prórroga 1	01/10/2012	12/01/2013	102
Prórroga 2	13/01/2013	24/04/2013	102
Prórroga 3	25/04/2013	06/08/2013	102
Prórroga 4	07/08/2013	06/08/2014	360
Prórroga 5	07/08/2014	06/08/2015	360
Prórroga 6	07/08/2015	06/08/2016	360
Prórroga 7	07/08/2016	06/08/2017	360
Prórroga 8	07/08/2017	06/08/2018	360

Conforme lo anterior, el vínculo laboral que unió a las partes en litigio contó con tres prórrogas por el término inicialmente pactado (102 días cada uno), el que se extendió por 5 años más y la fecha límite del último contrato correspondió al 06 de agosto de 2018, por lo que la demandada tenía que avisar por escrito a la actora su decisión de no continuar con el contrato con una antelación no inferior a 30 días a la anterior fecha enunciada, pues en caso contrario éste se renovaría por un año más. En el plenario se allegó carta denominada *"Notificación del Vencimiento del Contrato de Trabajo"* suscrita el 01 de julio de 2018 (fl 51), con fecha de recibido

por la actora¹ el día 06 de ese mes y año, en la que se expuso:

Asunto: Notificación del Vencimiento del Contrato de Trabajo.

La empresa por medio de la presente le informa que ha decidido no prorrogar el contrato de trabajo a término fijo suscrito con usted y que vence el próximo **6 de agosto del 2018**.

Por lo anterior al expirar el plazo fijo pactado se procederá a liquidar, hasta esa misma fecha, el valor de sus correspondientes derechos laborales, los cuales serán cancelados en la cuenta de nómina registrada en Talento Humano, del mismo modo se le informa que desde la fecha de finalización del vínculo laboral y dentro de los siguientes 5 días hábiles, usted podrá acercarse al área de Seguridad y Salud en el Trabajo para agendar su cita para examen de retiro con la médica ocupacional.

Finalmente, se le informa que el pago de sus cotizaciones en seguridad social y parafiscalidad se encuentra al día.

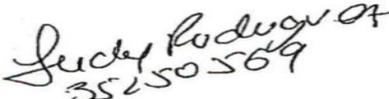
De acuerdo con lo expuesto, advierte La Sala que la demandada cumplió con las exigencias legales para poder dar por terminado el contrato de trabajo, ya que le comunicó a la demandante en término legal la decisión de no prorrogar el contrato que unió a las partes con el mes de antelación que la Ley le exige, en consecuencia, la condena por concepto de despido sin justa causa no está llamada a prosperar tal como lo concluyó el juez.

Por lo expuesto, se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS: Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada al tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

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


CORPORACION HOSPITALARIA JUAN CIUDAD
DEPARTAMENTO DE TALENTO HUMANO
Fecha Julio 6/18
Recepción [Firma]
Su recepción no implica aceptación alguna

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de agosto de 2020 por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. COSTAS. Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada al tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

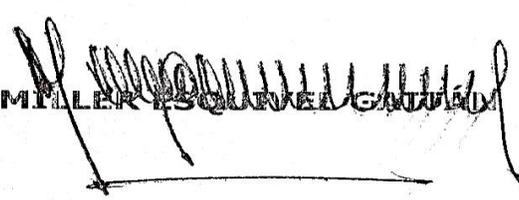
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESCOBAR GONZALEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SANDRA YOLANDA RAMIREZ MONTOYA CONTRA CATALUÑA TRANSPORTE DE CARGA S.A. Rad. 2019 – 00253 - 01 Juz. 27.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

SANDRA YOLANDA RAMIREZ MONTOYA demandó a **CATALUÑA TRANSPORTE DE CARGA S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 5 y 6.

- Reintegro.
- Prestaciones sociales.
- Salarios.
- Vacaciones.
- Aportes a seguridad social y parafiscales.
- Horas extras diurnas y nocturnas.
- Indemnizaciones Art. 239 C.S.T.
- Perjuicios por despido ilegal.
- Indemnizaciones moratorias.
- Indexación.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 y 4. El día 7 de abril de 2011, la demandante firmó contrato laboral con la demandada con un salario de \$535.600 más el subsidio de transporte, desarrolló sus actividades con normalidad hasta el sábado 2 de abril de 2016, fecha en la cual radicó ante el comité de convivencia queja por acoso laboral, situación que derivó en una reunión del comité de convivencia con la trabajadora y la persona que desplegó las conductas de acoso el día 6 de abril de 2016, en dicha reunión se le informó de la terminación de su contrato de trabajo, sin que se definiera la situación de acoso. Indicó que un miembro del comité de convivencia conocía de su estado de embarazo, sin que su situación fuera impedimento para realizar el despido. Citó el artículo 11 de la Ley 1010/2006 a fin de indicar que fue despedida sin justa causa y sin contar con la autorización requerida su condición de gestación, como lo dispone el numeral 1 del artículo 239 del C.S.T.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada **CATALUÑA TRANSPORTE DE CARGA S.A.** contestó en los términos del escrito visible a folios 205 a 224 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó lo concerniente al inicio de la relación laboral, salario, funciones, la queja presentada por acoso y la notificación de la terminación del contrato de trabajo.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo; caducidad de la acción frente al presunto caso de acoso laboral; falta de notificación por parte de la señora Sandra Yolanda Ramírez Montoya acerca de su estado de gravidez al momento de la terminación del contrato de trabajo; no se encuentra debidamente probado la existencia de acoso laboral por parte del señor Henry Vargas Páez en contra de la señora Sandra Yolanda Ramírez Montoya; el comité de convivencia sí sesionó, sí revisó el caso y se pronunció frente a la queja presentada; las conductas denunciadas en el escrito de queja no constituyen acoso laboral; cumplimiento del principio de buena fe por parte del empleador, en ejecución del contrato laboral suscrito con la señora Sandra Yolanda Ramírez Montoya; se prueba la mala fe de la demandante al ocultar su estado de embarazo, y al realizar denuncias de acoso

laboral sin siquiera prueba sumaria pretendiendo beneficiarse de las situaciones que ella misma originó y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que negó todas las pretensiones de la demanda y declaró probada la excepción de falta de notificación por parte de la señora Sandra Yolanda Ramírez Montoya acerca de su estado de embarazo, formulada por la demandada. Llegó a esa determinación, luego de examinar que no existe documento, testimonio o algún otro medio probatorio que acredite que para el 6 de abril de 2016 la demandante conocía de su estado de embarazo y más aún, que para dicha fecha o antes de la misma le haya informado a su empleador la mencionada condición, porque si bien indicó haberlo manifestado verbalmente, al proceso no fueron citadas las personas que pudieron haber recibido dicha información y tampoco dentro de las actas del comité de convivencia laboral se hizo mención alguna, situación corroborada en el interrogatorio de parte de la actora, donde manifestó no haber informado por escrito de su situación a ningún superior, aspecto que coincide con lo dicho por los testigos quienes afirmaron que no conocían del estado de embarazo de la demandante. De otra parte, precisó que si bien es posible calcular que para el 6 de abril de 2016 (fecha de terminación del contrato de trabajo) la trabajadora se encontraba en estado de embarazo, lo cierto era que como en el proceso no hubo un solo medio probatorio que así lo acreditara, ni mucho menos que haya informado de su estado de embarazo al empleador.

Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante manifestó que acorde a la sentencia T-095/2008 basta con acreditar que para la fecha de los hechos (el despido) se demuestre que la trabajadora ya se encontraba embarazada, siendo esta situación suficiente al empleador. Aseveró que sí se logró establecer que la trabajadora fue despedida dentro del período de embarazo lo cual basta para que opere la protección pretendida, y como no se tramitó la respectiva autorización, advierte que en el asunto operó el aludido fuero de maternidad.

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

Parte demandante; guardó silencio.

Parte demandada; solicita se confirme la decisión, ya que se demostró que la terminación del contrato laboral de la actora se hizo efectiva a partir del 06 de abril de 2016, sin justa causa y se le canceló todas las acreencias laborales incluida la indemnización por despido injusto, por lo que la demandante no es beneficiaria del fuero de maternidad ya que su despido no obedeció a su estado de gestión, pues RAMÍREZ MONTOYA no informó sobre su condición.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si la demandante a la terminación del contrato de trabajo contaba con fuero de maternidad, y en caso positivo determinar si la demandada está obligada a reintegrarla.

Fuero de maternidad.

Previa a desarrollar los puntos de apelación, conforme el amparo constitucional, legal y jurisprudencial, se precisa que la protección al derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada prima sobre cualquier tipo de vinculación, por ende la garantía de permanecer en el cargo desempeñado durante el embarazo y el periodo de lactancia está dirigida a todas las mujeres trabajadoras sin distinción alguna, sin importar si pertenecen al sector público, privado, vinculación o modalidad contractual que ostenten en ese momento. Establecido el alcance de esta estabilidad, procede La Sala a relacionar el material probatorio recaudado a fin de determinar como ya se precisó si la conducta de la demandada está inmersa en la prohibición del art. 239¹ del CST.

¹ **ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO.** <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1822 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:>

Al proceso se aportaron los siguientes documentales: fotocopia de la cédula de la demandante (fl. 10), contrato de trabajo a término indefinido (fls. 10 a 16), aviso de terminación de contrato sin justa causa (fl. 17), queja de acoso laboral y renuncia por parte de la trabajadora (fls. 18 y 19), respuestas a queja por acoso laboral (fls. 20 a 23 y 160 a 165), historia clínica de la trabajadora emitida por EPS Compensar (fls. 24 a 26), epicrisis emitida por clínica EUSALUD (fls. 27 a 30), historia clínica emitida por la clínica el Bosque (fls. 31 a 42), registros civiles de nacimiento de las menores Ivanna Espinel Ramírez y Victoria Espinel Ramírez (fls. 43 y 44), derecho de petición con solicitud de documentos (fls. 45 a 48), respuesta a ese derecho de petición y anexos (fls. 49 a 124), reglamento interno de trabajo de Cataluña de transporte de carga S.A. (fls. 125 a 153), certificaciones labores del 14 de diciembre de 2012, 3 de diciembre de 2013, enero 18 de 2016 y 6 de abril de 2016 (fls. 154 a 157), liquidación del contrato y comprobante de su consignación (fls. 158 y 159), comprobantes de nómina desde el 30 de enero de 2012 al 30 de marzo de 2016 (fls. 166 a 183), consulta sistema SISBÉN (fl. 184), resumen consulta realizada por subred integrada de servicios de salud centro oriente S.A.S. (fls. 185 y 186), certificado de existencia y representación legal de la demandada (fls. 187 a 190 y 226 a 229), Acta de convocatoria para elegir representantes al comité de convivencia laboral y prevención del acoso laboral (fl. 230), hoja de inscripción de los candidatos al comité de convivencia laboral y prevención del acoso laboral (fl. 231), actas de apertura y de cierre, resultados de los votos y acta de constitución del comité de convivencia laboral y prevención de acoso laboral (fls. 232 a 235), acta de reunión extraordinaria Nos 3 y 4 (fl. 236 a 239 y 240 a 245), del 4 y 5 de abril de 2016 en las que se dio trámite a la queja de acoso laboral que interpuso la demandante contra el Gerente Henry Vargas Páez, acta de reunión extraordinaria #5 en la que se cerró dicho trámite, la trabajadora renunció y la empresa decidió despedirla (fls. 246 a 248) conforme se advierte del aviso de terminación del contrato sin justa causa que milita a folio 249, también se allegó liquidación definitiva de las prestaciones (fls. 250 y 251), carta de retiro de cesantías (fl. 252), planillas de

1. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> **Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.**

2. **Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.**

3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que **sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo**, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.

4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.

liquidación de aportes a seguridad social (fls. 253 a 270), orden de examen médico de egreso (fl. 271) y certificación laboral emitida el 6 de abril de 2016 (fl. 272).

SANDRA YOLANDA RAMÍREZ MONTOYA en su interrogatorio de parte argumentó que si informó de su estado de embarazo a los funcionarios Jhon Herrera y Milena Bautista Vergara, (operativo y jefe de contabilidad respectivamente), no avisó del embarazo en las reuniones del comité de convivencia, porque allí se estaban dirimiendo los conflictos de acoso laboral derivados a partir de su regreso a la empresa luego de su primer embarazo, como por ejemplo no haber sido reintegrada al mismo cargo que ostentaba, también se discutía lo relacionado con su decisión de renunciar o continuar con la empresa, pero como en ese momento el gerente dispuso terminar su contrato de trabajo, ella no tuvo capacidad de reacción. Dijo que no se practicó el examen médico de egreso, porque el mismo sería netamente ocupacional y al haber sido despedida ya no tenía ninguna obligación con la empresa. Presentó ante el Ministerio de Trabajo queja por el acoso referido y se le infirmó que su despido en condición de embarazada debía ser presentado ante un juez. Le fue cancelada la indemnización por despido sin justa causa. Indicó que cuando regresó de su primera licencia de maternidad, fue reubicada en el área de archivo a pesar de no contar con los estudios correspondientes para realizar la labor y no contar con las condiciones de salud, luego fue reubicada en el área de gestión humana como coordinadora, cargo jerárquico menor al que ostentaba como auxiliar de tesorería. Al ser interrogada por la juez sobre la forma y la fecha en que informó su embarazo a las dos personas que nombró inicialmente, contestó que a la señora Milena Bautista le informó en febrero de 2016 y a Jhon Herrera el 6 de abril (día del despido) de manera verbal en ambos casos, en el mes de febrero solo tenía 1 mes de embarazo, y para el 6 de abril 3 meses. Indicó que no informó por escrito porque estaba atemorizada al saber que al gerente no le gustaba que las trabajadoras quedaran embarazadas y llevaba poco tiempo de regresar de su licencia de maternidad.

El testigo **CARLOS MAURICIO VARGAS MACHADO** (ex gerente de la dirección administrativa y financiera hasta septiembre del 2019), adujo que conoció a la demandante al momento que inició su relación laboral con la compañía, hizo un recuento de los cargos desempeñados por RAMÍREZ MONTOYA, quien fungió como auxiliar de tesorería, archivo y recursos humanos, último cargo en el que estuvo hasta abril de 2016. La terminación del contrato fue sin justa causa, se le cancelaron todas las acreencias e indemnizaciones conforme a la Ley, sostuvo que la accionante

no notificó su embarazo a la empresa por ningún medio, se envió a examen médico de egreso, pero ello no quiso hacérselo. El trabajador Jhon Herrera se desempeñaba como despachador de vehículos, la jefa directa era Milena Bautista, quien se desempeñaba como directora financiera. Dijo que el cargo de recursos humanos fue creado para reubicar y garantizar la permanencia de la demandante en la empresa, este cargo no tenía manual de funciones. Estuvo presente en la reunión antes del despido de la trabajadora y aclaró que no se usó la palabra despedir, ya que existía una carta de renuncia previamente presentada por la demandante y se tomó la decisión de terminar el contrato sin justa causa para brindarle un apoyo económico (indemnización), la terminación no se generó durante el desarrollo del comité, el traslado de cargo se dio porque ya había otra persona ocupando el cargo y corrigiendo los errores cometidos por la demandante, ella no pudo ser designada como directora de recursos humanos por no contar con la formación académica y por eso se le designó como coordinadora, reiteró la negativa de la trabajadora de no practicarse el examen de egreso y el no haber informado de su embarazo a la empresa.

La testigo **VANNESA ANDREA HURTADO MEDINA** (trabajó en la demandada de 2010 a 2019 y fue la Presidenta del comité de convivencia), fue compañera de la demandante, recuerda que hasta abril de 2016 trabajó la demandante en la empresa, ella (actora) pasó la carta de renuncia y denunciaba un presunto acoso laboral, el comité no intervino en la decisión de despedir a la trabajadora, esa decisión fue tomada por el gerente de la compañía, se le indemnizó por su desvinculación, ella no informó de su estado de embarazo a ningún jefe. Al ser interrogada por el apoderado de la demandante, explicó que la notificación de la terminación del contrato se dio en desarrollo de la reunión del comité de convivencia por parte del gerente y quedó constancia de la situación en el acta, precisó que el comité no tiene la función de despedir a trabajadores y que no tuvo conocimiento de que la trabajadora le haya dicho a alguien sobre su estado de salud.

Conforme lo anterior, colige La Sala que la demandada nunca fue notificada en debida forma del estado de embarazo de la actora, RAMÍREZ MONTOYA no compareció siquiera a hacerse el examen de egreso, cuando se tomó la decisión de finalizar su contrato ella guardó silencio y así lo confiesa en el interrogatorio de parte. Tampoco se advierte que haya notificado a alguno de sus superiores de su estado de gravidez, y los compañeros que informa haberles comentado su situación ni siquiera los convocó al proceso, por lo que su desacertado silencio en este

momento no permite atribuirle responsabilidad alguna a la convocada a juicio, es más en el asunto no se advierte siquiera que al momento de la desvinculación su embarazo fuese un hecho notorio. Precisa La Sala que para que opere el fuero de maternidad, es necesario que el empleador conozca el estado de embarazo de su trabajadora, pues el despido sin el conocimiento de tal situación no comprende el alcance pretendido en la demanda, así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia en diferentes oportunidades entre ellas la sentencia SL351-2021 en la que se precisó:

"Sobre este puntal aspecto, esto es, la necesidad del conocimiento por parte del empleador como exigencia legal para efectos de la protección laboral de la mujer en estado de gravidez, se pronunció la Sala en sentencia CSJ SL7270-2015, en donde sostuvo:

*[...] tal como quedó señalado en el devenir procesal, el Tribunal halló demostrado: (i) que la terminación del contrato de trabajo suscrito entre las partes, **obedeció a la decisión unilateral y sin justa causa del empleador**, a partir del 14 de junio de 2007; (ii) **que posteriormente, la actora notificó su estado de embarazo**, mediante misiva de fecha «26 de junio» de ese mismo año, y (iii) que la accionada a través de la comunicación adiada 29 de junio de 2007, le informó a la demandante que su comunicación carecía de «efecto jurídico laboral» .*

*[...] Lo anterior, por cuanto la protección a la maternidad-a menos que se trate de un hecho notorio, que no lo fue en este asunto-,se contrae al ciclo comprendido entre la notificación del estado de gestación, la licencia de maternidad y los períodos legales de descanso, **luego no resulta acertado pretender que el despido efectuado por la empresa a la trabajadora, antes de conocer su embarazo, le otorgue fuero de maternidad** [...].*

En esa línea, al ser un hecho incuestionable que la convocada a juicio desconocía el estado de gravidez de la trabajadora, cuando procedió a su despido, se tiene que la solución jurídica aplicada por el Tribunal resulta ser la acertada, pues como se dijo en precedencia, mientras el empleador no se encuentre enterado de tal situación, no es factible presumir que la decisión obedeció a ello. (...)

Puestas así las cosas, La Sala **CONFIRMA** la sentencia apelada, pues no es de recibo presumir que el motivo de la finalización del contrato de trabajo obedeció al estado de gestación de la demandante.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de quinientos mil pesos \$ 500.000.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de octubre de 2020, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ELÍAS CASTILLO CONTRERAS
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y RCN TELEVISIÓN S.A. Rad. 2019 00379 01. Juz. 39.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ELÍAS CASTILLO CONTRERAS demandó a RCN TELEVISION S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 a 6 CD- expediente digital 01.

- Pago de las diferencias en las cotizaciones al sistema de seguridad social del periodo comprendido entre los años 2009 a 2017.
- Reliquidación de la pensión de vejez.
- Costas del proceso
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 5 a 21 CD-expediente digital 01. el demandante inicio contrato de dirección, confianza, manejo o supervisión con RCN Televisión S.A. el 1 de abril de 1999. El cargo desempeñado era de representante comercial. El salario pactado fue de \$.3.074.000. En el contrato había una cláusula adicional que convenía un salario integral de \$3.500.000, que además de retribuir el trabajo ordinario, compensaba el valor de prestaciones, recargos y beneficios, tales

como el trabajo nocturno, extraordinarios, dominicales, festivos, primas legales, extralegales, cesantías, intereses a las cesantías, subsidios y suministros en especie. En el salario integral no se incluyeron las comisiones por ventas y tampoco se mencionó que fuera variable. El 1 de enero de 2014 las partes contratantes firmaron un otro sí donde única y exclusivamente se modificó la remuneración del actor, la cual consistía en un salario integral variable compuesto por un salario mínimo integral vigente, comisiones sobre recaudos que forman parte del salario y una remuneración adicional convenido con el empleador en eventos especiales relativos a la gestión comercial. Por lo anterior la sociedad RCN Televisión S.A., no realizó los aportes a seguridad social sobre el salario total devengado por el demandante, toda vez que se debe calcular el IBC y cálculo de aportes a seguridad social y parafiscales sobre el 70% de los 13 salarios mínimos mensuales vigentes. Se puede evidenciar que el salario del actor era variable, debido a las comisiones en las ventas. Las inconsistencias en el pago de aportes están comprendidas entre los años 2009 a 2017. Colpensiones le reconoció pensión de vejez mediante resolución No. 277385 de 2017. El 2 de mayo de 2019 se radico reclamación administrativa frente a RCN Televisión S.A. y posteriormente ante la Administradora Colombiana de Pensiones.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado correspondiente, las demandadas contestaron en los siguientes términos:

RCN TELEVISIÓN S.A. contestó en los términos del escrito visibles a folios 1 a 19 CD-expediente digital 06.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el contrato suscrito, el cargo desempeñado, el salario integral pactado, la cláusula adicional añadida en el contrato de trabajo, la reclamación administrativa y la respuesta a la petición.
- Formuló como excepciones de fondo; inexistencia de las obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, contestó en los términos del escrito visibles a folios 138 a 153 CD-expediente digital 08.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el reconocimiento de la pensión de vejez, la reclamación administrativa presentada y la respuesta emitida por Colpensiones.
- Propuso como excepciones de mérito; cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios e indemnización moratoria, pago, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR probada las excepciones de **INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS** y **COBRO DE LO NO DEBIDO** propuestas por las demandadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a LAS DEMANDADAS de todas las pretensiones incoadas por ELÍAS CASTILLO CONTRERAS.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de un SMLMV para cada una de las demandadas como agencias en derecho.

CUARTO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa al demandante"

Para llegar a esa determinación la juez determinó que el actor contaba con un contrato a término fijo y que se había pactado un salario integral, en consecuencia cualquier emolumento devengado tiene esta connotación. Encontró unos pagos por cumplimiento de metas al área, el cual por no ser permanente no tiene el carácter de factor salarial. Reviso el salario devengado por el demandado en cada uno de los periodos y determino el valor de los aportes que se debían realizar, el que comparo con el reporte emanado de Colpensiones, como resultado advirtió que el empleador RCN TELEVISIÓN realizo en debida forma, más aún en exceso los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor del demandante. Al no proceder la

pretensión relativa al pago de los aportes, se relevó del estudio de la reliquidación pensional.

Recurso de apelación

La parte demandante apela la decisión al considerar que el salario del actor tenía una parte de salario integral sobre el cual los aportes al sistema de seguridad social en pensiones se debían realizar sobre la base del 70%. Pero, sobre las comisiones que no comportan la misma naturaleza de salario integral y por ser salario variable los aportes se deben hacer sobre el total devengado según el artículo 17 de la Ley 100 de 1993. El derecho a la seguridad social es irrenunciable. Resalta que el salario del actor era variable debido al reconocimiento en las ventas que realizaba el actor. Aduce que los aportes sobre las comisiones en las ventas se debían efectuar sobre el 100%, bajo los preceptos del artículo 127 del CST. El no haber efectuado correctamente los aportes, afectó el derecho pensional del actor.

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

Parte demandante: señala que las partes contratantes firmaron un “otro sí” al contrato de trabajo donde única y exclusivamente se modifica la remuneración del empleado, la cual consistía en un salario integral variable. Así las cosas, quedo plenamente demostrado que el salario mínimo integral del demandante era fijo y correspondía a la base de \$3.500.000, y que las comisiones eran variables, sobre las cuales le correspondía al empleador RCN TELEVISION S.A., efectuar los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones sobre el 100% de estos y no sobre el 70% como erradamente lo realizo durante la relación laboral, razón por la cual debe revocarse el fallo proferido

Parte demandada

RCN TELEVISIÓN S.A.: Manifiesta que durante el vínculo laboral, la remuneración del demandante se encontraba pactada como salario integral, lo que implica que además de retribuir el trabajo ordinario, compensaba el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie. Este salario integral

incluía tanto el salario básico como los conceptos variables percibidos por el demandante. De igual forma, es preciso señalar que contrario a lo que pretende el actor, para los años 2009, 2011, 2012, 2013 y 2014 se plantearon y definieron incentivos por cumplimiento de metas para toda el área comercial de RCN, lo que implica, que se pagaron incentivos por el cumplimiento global del área y no como contraprestación del servicio. Es decir, se trató de un pago otorgado por mera liberalidad de la compañía, que no supuso un reconocimiento directo al trabajador por sus actividades particulares, sino por resultados globales no imputables a él de manera individual. De conformidad con lo anterior, es claro que se realizó el pago de los aportes conforme los lineamientos de la legislación laboral Colombiana para el pago de aportes a seguridad social cuando se trata de un salario integral, siendo claro que en la mayoría de los casos se pagó, incluso, sobre un valor superior al que correspondía al 70% del salario devengado.

COLPENSIONES: no se pronunció en esta etapa.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma, conforme se desprende de la petición de fecha 3 de mayo de 2019 (fls. 75 a 81) donde solicitó a Colpensiones la reliquidación de su pensión, con lo que se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado de la Demandante

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante por cuanto Colpensiones mediante la resolución SUB 277385 de 30 de noviembre de 2017 le reconoció pensión de vejez a partir del 1 de diciembre de 2017 en cuantía de \$10.071.760.

Reliquidación aportes al sistema de seguridad social en pensiones

El demandante señala que la demandada RCN TELEVISIÓN S.A. debe reliquidar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por los meses correspondientes

a enero, abril, mayo, septiembre, octubre y noviembre de 2009; abril y junio de 2011; abril y mayo de 2012; enero, abril, junio, julio y agosto de 2013; marzo, mayo, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2014; lo corrido del año de 2015; enero, febrero marzo, abril, mayo, junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2016; y enero, febrero, marzo, abril, mayo, julio, agosto y septiembre de 2017, como quiera que no fueron calculados sobre el total devengado por el trabajador, pues a las comisiones se les dio el carácter de salario integral, cuando lo correcto era tomar la base del 100% de este rubro al tratarse de salario ordinario.

Sea lo primero precisar que el señor Elías Castillo Contreras se vinculó con RCN TELEVISIÓN S.A. a partir del 1 de abril de 1999 (fl. 20 a 23) mediante contrato de trabajo como empleado de dirección, confianza, manejo o supervisión en el cargo de representante comercial, el salario pactado ascendía a la suma de \$3.074.000. El 1 de abril de 1999 (fl. 24) se suscribió una modificación al anterior contrato, en esta se estableció un salario integral en la suma de \$3.500.000, en el cual además de retribuir el trabajo ordinario, se incluyen las prestaciones, recargos, remuneración por trabajo nocturno, extraordinario y festivo, primas legales, extralegales, cesantías, intereses a las cesantías, subsidios y suministro en especie, excepto vacaciones. Se suscribió un otrosí el 1 de enero de 2014 (fl. 26) donde se modificó la remuneración y quedó de la siguiente manera, un básico equivalente al salario mínimo integral vigente, comisiones sobre recaudos que hacen parte del salario integral mensual y la remuneración adicional que las parte convengan en eventos especiales relativos a la gestión comercial desarrollada.

No existe discusión frente a que el actor devengaba un salario integral, y que su pacto se realizó bajo las previsiones del artículo 132 del CST, que prevé:

ARTICULO 132. FORMAS Y LIBERTAD DE ESTIPULACIÓN.

1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

2. No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16, 21 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas concordantes con éstas, cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en

especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.

En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía. El monto del factor prestacional quedará exento del pago de retención en la fuente y de impuestos.

3. Este salario no estará exento de las cotizaciones a la seguridad social, ni de los aportes al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar, pero en el caso de estas tres últimas entidades, los aportes se disminuirán en un treinta por ciento (30%).

4. El trabajador que desee acogerse a esta estipulación, recibirá la liquidación definitiva de su auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales causadas hasta esa fecha, sin que por ello se entienda terminado su contrato de trabajo. (Subrayas y negrita fuera del texto).

También es claro, que las partes en el otrosí que suscribieron el 1 de enero de 2014 (fl. 26) modificaron la remuneración y la establecieron así:

"REMUNERACIÓN.- *En contraprestación por el servicio prestado, EL EMPLEADOR remunerar al TRABAJADOR con un salario mensual INTEGRAL variable, que se conforma de la siguiente manera: **A)** Un básico equivalente al salario mínimo integral vigente, pagadero por periodos iguales y vencidos. **B)** Con unas comisiones sobre recaudos que hacen parte del salario integral mensual, las cuales se establecen en anexo al presente contrato. **C)** Con la remuneración adicional que el Empleador y el Trabajador convengan en eventos especiales relativos a la gestión comercial que desarrolla este.*

PARÁGRAFO PRIMERO.- *Los anteriores conceptos que conforman el salario mensual integral variable, en un 70% cada uno de ellos corresponde a la remuneración ordinaria propiamente dicha; y en un 30% al factor prestacional. Este salario además de retribuir el salario ordinario, compensa de antemano el valor de las prestaciones sociales, recargos de cualquier clase, beneficios tales como el correspondiente trabajo nocturno, extraordinario y el dominical y festivos, el de las primas legales, las cesantías, sus intereses, subsidios, alimentación y alojamiento en dinero o en especie, viáticos o su incidencia en la liquidación de otros derechos laborales, cuando se paguen adicionalmente y sean factor salarial, y en general toda clase de prestación, derecho o remuneración legal o extralegal si la hubiere, que El Empleador le conceda al trabajador, con la sola excepción de las vacaciones.*

PARÁGRAFO SEGUNDO.- *Respecto de cualquier otro pago o reconocimiento en dinero o en especial que el Empleador realice, diferente al Salario Integral aquí pactado, tales como auxilios, bonificaciones, premios, bonos, pagos al sistema de salud, seguros de vida, las partes acuerdan que no constituyen salario, para efectos tales como auxilios, bonificaciones, premios, bonos, pagos al sistema de salud, seguros de vida, las partes acuerdan que no constituyen salario, para efectos de liquidar derechos laborales. Especialmente no constituye factor salarial todo lo que reciba el TRABAJADOR en especie, en sus distintas modalidades, tales como alimentación, habitación, vestuario, pago de los servicios, arrendamientos, transporte, impuestos, bono especial de estadía y club social en los términos del artículo 128 del C.S.T.*

PARÁGRAFO TERCERO.- *EL EMPLEADOR en atención a las variables relativas a cifras de sintonía, aceptación de los televidentes, modificaciones*

en la programación, comportamientos del mercado y cualquier otra causa sobreviniente que afecte este, podrá modificar por lo menos cada seis meses los porcentajes de comisión estipulados en el anexo que hace parte integral de este contrato, facultad esta aceptada por el TRABAJADOR.
El presente OTRO SI regula en su totalidad lo aspectos relativos a la remuneración del Trabajador, subsistiendo en consecuencia las demás cláusulas contractuales que no se refieran a este concepto.

Puestas así las cosas, se advierte que el señor Edgar Castillo Contreras dentro del salario integral pactado contaba con una parte de salario fijo, prevista en el literal a), y una parte variable convenida en el literal b), razón por la cual de entrada se debe decir que las comisiones que percibía el actor hacen parte del salario integral, a pesar de ser variables, y por ello se le aplica lo previsto en el numeral 2 del artículo 132 del C.S.T., en particular que los aportes al sistema de seguridad social se realizan sobre el 70% de lo devengando, tal como lo realizó la pasiva durante la vigencia de la relación laboral y sobre lo cual no existe discusión.

De la revisión de los desprendibles de pago aportados por el demandante (fls. 36 a 104) se advierte que los conceptos devengados corresponden a "Salario integral" y "Comisión integral", lo que guarda total correspondencia con el pacto salarial. Resalta La Sala, que el artículo 132 antes citado, permite a los contratantes acordar la forma y cantidad de la retribución que va a recibir el trabajador como contraprestación por su trabajo, sin que existan límites o condiciones más allá de los mínimos legales, y que el salario tenga una parte fija y otra variable no implica la ineficacia o modificación del acuerdo sobre la modalidad remunerativa. Es de anotar que la condición de variable de las comisiones que hacen parte del salario integral, no conlleva que varíe su naturaleza y lo convierta en salario ordinario.

Es necesario recalcar que, de la lectura del otrosí en la cual se pactó el salario del actor se tiene que las partes jamás aislaron o indicaron, que además del salario integral las comisiones se pagaban separadamente, por el contrario ellas hacían parte de esa forma de estipulación, de manera tal que el acuerdo fue claro en la determinación del salario integral y los rubros que lo componen. Finalmente se debe señalar que no se advierte un acuerdo salarial adicional que disponga que a las comisiones se les debe tratar como salario ordinario para que de esta manera se deban reajustar los aportes al sistema de seguridad social.

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

COSTAS

Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de octubre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS: las de primera instancia se confirman, la de alzada estarán a cargo del recurrente. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ROSA INÉS ARDILA CANCINO
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00414 01 Juz 22.**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ROSA INÉS ARDILA CANCINO demandó a la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 53.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 7. Nació el 15 de agosto de 1960. Su último empleador fue La Nación- Cámara de Representantes. Se afilió al ISS el 18 de septiembre de 1985. Se trasladó a la AFP Horizonte S.A. el 16 de agosto del 2000. En la época de traslado contaba con un total de 532,29. Al momento del traslado efectuado no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. El 1º de marzo de 2019 radicó derecho de petición ante

Porvenir S.A. con el fin de solicitar copia del formulario de afiliación, proyección pensional comparativa entre los dos regímenes y nulidad de la afiliación y traslado entre el RPM al RAIS. La AFP Porvenir dio respuesta en la que indicó que la señora Ardila Cancino contaba con 1442 semanas cotizadas y que tenía derecho a una pensión de garantía mínima equivalente a 1 smlmv. En Colpensiones con la misma densidad de semanas tendría derecho a una mesada pensional de \$1.682.400. El 1° de marzo de 2019 presentó reclamación administrativa ante Colpensiones mediante la cual solicitó la nulidad de traslado y activación de la afiliación en el RPM. La administradora contestó que la petición no era procedente.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES contestó en los términos del escrito visible a folios 144 a 164.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante y la afiliación al ISS.
- Formuló como excepciones de fondo; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

La AFP PORVENIR S.A., dio contestación en los términos del escrito visibles a folios 102 a 120.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado efectuado a Porvenir S.A., la fusión por absorción de la AFP Horizonte, el derecho de petición presentado y la respuesta de fondo entregada por el fondo de pensiones.

- Formulo como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Porvenir, de fecha 16 de agosto de 2000. Ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, con frutos e intereses, junto con los gastos de administración y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que Porvenir S.A. no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia. Considera que la declaratoria de ineficacia del traslado resulta improcedente en este caso, pues la actora no utilizó el derecho de retracto para retornar a Colpensiones. Indica que la presente decisión afecta la sostenibilidad financiera de la administradora, debido a que el ahorro de la demandante fue individual durante toda su vida laboral y no aportó en la financiación del fondo común del RPM, como en efecto lo hicieron los demás afiliados.

PORVENIR S.A.: Manifiesta que la AFP cumplió con el deber de información según la normatividad vigente al momento del traslado, en razón a que para esa época no se exigía documentar por escrito la asesoría y bastaba la suscripción del formulario de afiliación. Señala que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, se evidencia que si le suministraron la debida información al momento de la afiliación. Indica que no es procedente la devolución de los saldos y gastos de administración, toda vez que estos valores ya fueron descontados para cubrir los riesgos contratados y no se encuentran en poder de la administradora de pensiones; además que dicha condena constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Considera que opera el fenómeno de la prescripción establecido en los artículos 151

del C.P.T.S.S. y el 488 del C.S.T. sobre la devolución de dichos conceptos, pues no están destinados a financiar la mesada pensional.

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

Parte demandante: indica que está plenamente demostrado que ROSA INES ARDILA CANCINO tiene el derecho a que se declare la ineficacia de la afiliación realizada el día 16 de agosto de 2.000, a través de PORVENIR S.A., teniendo en cuenta que dicha administradora de fondo de pensiones no logró acreditar que haya brindado una asesoría de forma clara, teniendo en cuenta que el traslado de régimen conlleva el derecho de la persona a ser informada de manera rigurosa y transparente, y el deber para la administración de brindar un estudio dando a conocer de manera clara y precisa, y atendiendo el caso particular del afiliado las diferentes alternativas con sus ventajas y desventajas, con especial cuidado de no menoscabar el derecho a la seguridad social en materia pensional, por lo que el trámite no puede implicar la pérdida de condiciones más favorables en cuanto al acceso o disfrute de la pensión, como puede ser el perder el derecho de una prestación vitalicia, el ver disminuido su monto o el acceder a la pensión a una edad superior.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** manifiesta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y las AFP PROTECCION y POVENIR S.A es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media.
- **PORVENIR:** precisa que los presupuestos legales no resultaron demostrados en el proceso, pues el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del C.G.P y el párrafo del art. 54 A del C.P.T, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 1º de marzo de 2019 (fl. 45), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 16 de agosto de 2000, cuando solicitó su vinculación a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. (fl. 136).

Validez del traslado de régimen

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

Al respecto, si bien la actora diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colmena, hoy Protección S.A., el 16 de agosto de 2000 (fl. 136), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conecedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Cabe resaltar que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el

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

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

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

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

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

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

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

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

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

fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento o prohibición legal alguna, como la contemplada en el artículo 2º de la ley 797 de 2003.⁴

Nada de lo anterior demostró la AFP Protección, entidad que asumió la afiliación que hizo el demandante, y que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado. La AFP no

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

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

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

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

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

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

⁴ Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Se escuchó el interrogatorio de parte de la señora **Rosa Inés Ardila Cancino**, quien manifestó que estaba vinculada en la Registraduría cuando se trasladó a Horizonte. Señaló que el asesor de Horizonte era muy insistente para que ella se afiliara. Afirma que desde el inicio de su vida laboral había estado afiliada al ISS. Le dijeron que recibiría una pensión vitalicia y que sus aportes irían en una cuenta como si fuera un depósito. El asesor le informó que el ISS se iba a acabar. Le informaron que podía pensionarse en cualquier tiempo en el RAIS, pero no le precisaron las semanas y edad. Tampoco le contaron acerca de los aportes voluntarios en pensión. Indica que hace tiempo ya no recibe sus extractos y que nunca se acercó al fondo de pensiones a indagar sobre su afiliación. Supo que sus compañeras de trabajo y amigas cercanas a pensionarse estaban en los trámites correspondientes, fue en ese momento que advirtió que su mesada pensional era muy inferior a la de ellas que estaban afiliadas a Colpensiones. Ha escuchado de otras personas que han cometido el mismo error de pensionarse con el fondo privado y solo reciben un salario mínimo lo cual es injusto para ella ya que ha trabajado toda su vida para obtener una pensión digna.

En consideración a lo anterior, encuentra la Sala que contrario a lo afirmado por la AFP Porvenir respecto al cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, es evidente que la administradora de pensiones no brindó al actor una información objetiva, clara y suficiente. Insuficiencias que no se subsanan y la hacen depositaria del deber de información por el hecho de que la actora hubiese permanecido más de 21 años efectuando cotizaciones sin manifestar insatisfacción frente al régimen escogido, o porque no haya demostrado inquietud por retornar al RPM, como quiera que las inconformidades surgen a lo largo del tiempo al ver que no se cumplen las expectativas respecto a su futuro pensional.

Se resalta que si bien existe diferencia entre ineficacia y nulidad, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya ha indicado que el camino para abordar estos temas es la ineficacia tal como se desprende de la interpretación de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 13 del CST y art. 53 de la Constitución Política, la jurisprudencia también ha precisado en SL4360, SL1688 y SL3464 de 2019, que al no haber previsto el legislador un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, sus consecuencias prácticas eran idénticas, y acogió por analogía el mandato previsto en el art. 1746 del Código Civil que gobierna el régimen de nulidades para aplicarlo a estos casos.

Devolución de los gastos de administración

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en contra de las administradoras de fondos de pensiones demandadas, es preciso indicar tal como lo indica la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*", en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de Porvenir y Protección a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo

periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁵) por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos del actor no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta ni de Colpensiones. Pese a que los gastos de administración son deducciones autorizadas por el artículo 104 de la ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 53 de la ley 1328 de 2009, se tiene que con relación a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado que si las cosas vuelven a su estado anterior, la AFP tiene que asumir los deterioros del bien administrado mediante la devolución de los gastos de administración, primas de seguro previsional y demás valores obrantes en la cuenta de ahorro individual, como quiera que la ineficacia se generó como consecuencia de la conducta desplegada por el fondo de pensiones al incumplir con el deber de información a su cargo.

Ahora, respecto a lo señalado por Colpensiones con relación al derecho de retracto con el que contaba la actora, la Sala no realizara ningún pronunciamiento como quiera que se trata de un argumento que tan solo se expone en esta instancia y por ende no puede ser objeto de estudio y debate jurídico, ni tampoco se brindó la oportunidad de controvertirlo a las partes intervinientes.

Prescripción

Respecto a la aplicación del fenómeno prescriptivo en los descuentos por gastos de administración y primas de seguro previsional, contemplado en los artículos 151 C.P.T.S.S. en armonía con el artículo 488 C.S.T.; la Sala advierte que no acoge dicho argumento, toda vez que las comisiones por gastos de administración y primas de seguro previsional se realizan con cargo a los aportes efectuados por el afiliado, que espera recibir como contraprestación el pago de la suma adicional, para que así se pueda financiar su pensión. Contrario a lo afirmado por Protección S.A., dichos valores no pueden someterse a la prescripción de las acciones laborales, ya que haría nugatorio el derecho pensional que es de carácter imprescriptible.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

⁴ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$908.526) a cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

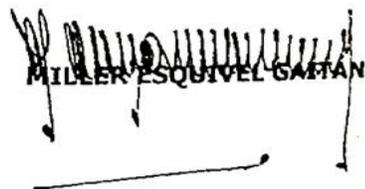
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de mayo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$908.526) a cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GERMAN RODRÍGUEZ VARGAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 2019 – 00437 01. Juz.35.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

GERMAN RODRÍGUEZ VARGAS demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a PORVENIR S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 a 7.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de los aportes.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 5. Estuvo afiliado al ISS hasta el 19 de abril de 1999, data en la que se trasladó a la AFP PORVENIR, dijo que para ese momento no se le brindó información clara, completa y oportuna de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, ni de las consecuencias que implicaría dicho traslado y no se le efectuó una simulación pensional. En el 2018, solicitó a las demandadas la nulidad del traslado de régimen pensional, solicitud a la que a AFP no accedió y Colpensiones guardó silencio.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 64 a 70.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó la solicitud de nulidad de traslado.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y genérica.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 103 a 129.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación a esa AFP, la solicitud de declarar ineficaz la afiliación a esa administradora y su negativa.

- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la nulidad de la vinculación efectuada por el actor al RAIS. Ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos y condenó a esa AFP a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración. Condenó a Colpensiones a afiliarse a RODRÍGUEZ VARGAS al RPM y recibir todos los aportes por parte de Porvenir. Llegó a esa determinación al constatar que la AFP no cumplió con la carga de la prueba, como quiera que la administradora debe garantizar el cumplimiento al deber de información desde el momento del traslado según lo ha expresado la SL CSJ en sentencia SL 1688/19. Indicó que el actor no contó con la información suficiente, pues no se le pusieron de presente las ventajas y desventajas que acarrearía la decisión de cambio, aunado a que la simple suscripción del formulario resulta insuficiente para acreditar el deber de asesoría y buen consejo que recae sobre la AFP y es ella quien debe aportar el material probatorio necesario para demostrar el cumplimiento a sus obligaciones conforme el art. 1604 del Código Civil. Respecto a las excepciones propuestas, las declaró no probadas dadas las resultados del proceso.

Recurso de Apelación

La **AFP PORVENIR**, dijo que no se probó situación alguna que genere la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, aunado a que no es dable imponer a la AFP obligaciones que no se encontraban vigentes al momento de la vinculación pues por el contrario considera que de las manifestaciones del actor, se puede extraer que la administradora si cumplió con las obligaciones conforme el Decreto 663/93, ya que brindó los elementos de juicio necesarios para que el RODRIGUEZ VARGAS se trasladará de régimen, tan es así que el actor en su interrogatorio de parte, indicó que él podía consolidar su derecho pensional en esa AFP. Manifestó que la voluntad de afiliarse al RAIS se plasmó en el formulario al igual que su decisión de permanecer por más de 20 años en Porvenir, adujo que no se aportó prueba de los perjuicios irremediables del afiliado, ya que el valor de la mesada no puede considerarse un perjuicio que conlleve a la ineficacia. Resaltó que, para el momento del traslado, no existía el deber de buen consejo y de doble asesoría por lo que no es procedente exigir una afiliación en los términos descritos, ya que el art. 271 de la Ley 100/93 no señala que haya lugar a la ineficacia por fallas en la información si no por quien atente contra el deber de información. Respecto a los gastos de administración y comisiones, indicó que no es dable su devolución ya que tales sumas están reguladas en el art. 20 de la citada ley, por lo que al devolver dichos dineros se pasaría por alto la gestión de la administradora, lo que atentaría contra el principio de igual. Señaló que la devolución de los valores descontados por concepto de seguros provisionales, no son procedentes, dado que el afiliado durante su vinculación estuvo cubierto por los riesgos de invalidez y muerte y concluyó que en el presente asunto se debe hablar de ineficacia más no de nulidad.

COLPENSIONES, considera que el traslado de régimen pensional, se hizo conforme a lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 100/93 es decir de manera libre y voluntaria. Adujó que el demandante desconoció sus obligaciones como afiliado conforme el Decreto 2241/10 pues la vinculación con la AFP es un acuerdo de voluntades según lo consagrado en el art. 1495 del Código Civil. Manifestó que al recibir al actor en el RPM se generaría una descapitalización del sistema pensional y se atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera pues pone en riesgo el futuro pensional de los demás afiliados. Concluyó que, en el asunto no se demostró que perjuicio se le ocasionó al demandante pues este debe acreditarse ya que no basta con su simple manifestación.

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

Parte demandante: Guardó silencio en esta etapa.

Parte demandada:

AFP PORVENIR; manifestó que el traslado de régimen efectuado por el actor fue de forma libre y voluntaria conforme el formulario de vinculación, por lo que considera que no es procedente declarar la nulidad del mismo. Adujó que no es procedente acceder a las pretensiones del demandante, máxime cuando su única informidad con el RAIS es el valor de la mesada pensional más no una falta de información por parte de la AFP. Pide no se ordene la devolución de los gastos de administración ni sumas por concepto de seguros previsionales, como quiera que la comisión de administración está autorizada en la Ley y los valores por aseguramiento ya fueron pagados a la aseguradora, quien es un tercero de buena fe.

COLPENSIONES; indicó que RODRIGUEZ VARGAS se encuentra inmerso en la prohibición legal prevista en art. 2 de la Ley 797/03 por lo que no es posible su retorno al RPM, aunado a que el traslado de régimen fue libre, voluntario e informado sin que se haya demostrado la existencia de algún vicio del consentimiento para que se declare la nulidad del acto jurídico. Pide se condicione el cumplimiento de la sentencia, hasta tanto Porvenir no traslade todas las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual del actor.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la reclamación de fecha 27 de octubre de 2018 (fl. 25 y 26), en el que solicitó el retorno al RPM con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra adscrito al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 19 de abril de 1999 cuando solicitó su vinculación a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR, según formulario que reposa a folio 130. En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó RAIS, ya que cuando tomo tal decisión no se le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el demandante el 19 de abril de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a COLPATRIA hoy PORVENIR (fl. 130), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

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

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el promotor del proceso, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del afiliado. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia al momento del traslado, es que la AFP suministre información **veraz y suficiente**, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones (en este caso PORVENIR) demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable y efectivamente se traduce en un aspecto meramente económico que claramente puede ocasionarle un perjuicio irremediable al actor en su futuro pensional, pues dependiendo de este tipo de circunstancias es que se va a estibar la correspondiente mesada; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL4811-2020³, SL4373-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³ Corresponde a la administradora del fondo de pensiones demostrar la diligencia, cuidado y buena fe en el cumplimiento del deber de información y su acreditación no al afiliado.

2020, SL1688-2019⁴), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989⁵, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

La AFP PORVENIR, se limitó a manifestar que el actor contó con los elementos de juicio suficientes para tomar la decisión de trasladarse de régimen, que cumplió con las obligaciones consagradas en el Decreto 663/93, aunado a que las AFP al momento del traslado no les era exigible efectuar una asesoría en los términos señalados por la SL CSJ, esto es el deber de buen consejo ni la doble asesoría, no obstante, para La Sala es importante resaltar que la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las administradoras corresponde al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber **siempre** ha existido (SL1452-2019⁶) por lo que no es dable alegar la existencia de una manifestación voluntaria en la elección de régimen pensional, cuando la persona no conoce de la incidencia que tiene en sus derechos prestacionales tal decisión, toda vez que son circunstancias que no demuestran la debida asesoría que deben garantizar las AFP (aquí Porvenir) desde el momento del traslado y durante toda la vinculación, pues ese deber nació desde la expedición de la Ley 100/93, normatividad que señala que la selección del régimen pensional debe provenir de una elección libre y voluntaria que le permita al potencial afiliado entender y prever sus implicaciones desde ese momento, de lo contrario sus derechos se desconocerían, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014.

Insuficiencias que no se subsanan por el tiempo de permanencia por más de 20 años en el RAIS, ni por el hecho de que el demandante haya indicado en el interrogatorio de parte que el asesor de la AFP le indicó que podía consolidar con Colpatria hoy Porvenir su derecho

⁴ Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

⁵ "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

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

⁶ Frente al reclamo de la ineficacia del traslado de régimen pensional corresponde al juez no solo verificar la validez formal del formulario de afiliación, sino evaluar el cumplimiento del deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido.

pensional, pues por el contrario tal afirmación demuestra que a RODRÍGUEZ VARGAS no se le informó realmente de las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen, pues no se le brindó información real y acorde a su situación al momento de la vinculación con la AFP, entonces lo cierto, es que tales circunstancias no lo hacen conocedor de todas y cada una de las implicaciones de un traslado de régimen pensional, pues es deber de la administradora probar el cumplimiento al deber de información, que como ya se mencionó **siempre** ha existido y sobre ella es quien recae la carga de la prueba, tal como lo ha expresado en su reiterada y pacífica jurisprudencia la SL de la CSJ. A su vez es importante recordar que no es suficiente, el hecho de brindar información sobre las características generales de dicho régimen, pues esta información sin la proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente que en la actualidad las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Para La Sala tampoco es de recibo el argumento de Colpensiones consistente en que el demandante incumplió con sus obligaciones conforme el Decreto 2241/10 y el art. 1495 del Código Civil, porque tal y como lo ha expresado nuestro máximo órgano de cierre, es precisamente la AFP quien debe suministrar información suficiente, clara y veraz al momento del traslado y durante **toda** la vinculación, y no solo sobre las características del régimen que administra sino también de las consecuencias que le acarrearía tal decisión al trabajador, ya que es PORVENIR quien debe comunicar a sus afiliados todo lo referente a los productos ofrecidos, pues de lo contrario se atenta contra la adecuada educación que tiene que recibir el consumidor de cara al producto y servicio prestado.

Ahora, Porvenir refiere que en el presente caso se debe hablar de ineficacia más no de nulidad, al respecto la Corte Suprema de Justicia en su reiterada y pacífica jurisprudencia, entre ellas la SL4360/19 ha señalado:

TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, INEFICACIA, EFECTOS – *"Cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica de un acto o contrato, bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia siempre es la misma: retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc o desde siempre". (Subrayado fuera de texto)*

Por lo que se concluye que al margen del término que se emplee "ineficacia" o "nulidad" la consecuencia a la falta de cumplimiento al deber de información precisamente de quien pide la revisión de este ítem, (siendo este deber un requisito fundamental para que el traslado goce de plena validez), es la misma, esto es que el acto jurídico del traslado pierde su efecto, pues para zanjar el asunto no es necesario establecer la diferencia entre los términos ya mencionados, esto en atención a la explicación que ha hecho la CSJ al respecto.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración, es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones por concepto de seguros previsionales, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

[...]

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

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

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez de ordenar a la AFP PORVENIR devolver los gastos de administración y todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del afiliado, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como ésta es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual del demandante, es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo período.

Finalmente en cuanto al principio de sostenibilidad financiera alegado por COLPENSIONES, es de recordar que este se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dinero que se causaron en la cuenta de ahorro individual del afiliado (SL2877-2020⁷) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C., el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba, como si el acto de afiliación nunca hubiera existido, consecuencia que se generó debido a la omisión de la administradora (en este caso PORVENIR) de entregar información completa, veraz y suficiente al demandante sobre todo lo relacionado con las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, por lo que al declararse nulo el contrato de afiliación con esa AFP debido a su falta de asesoría y diligencia, solo resta retornar al régimen de prima media y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM todo lo recibido con ocasión a la afiliación, y que implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-2020⁸, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

⁷ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

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

[...]

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

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

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las recurrentes. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho, para cada una de las apelantes.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de junio de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las recurrentes. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho, para cada una de las apelantes.

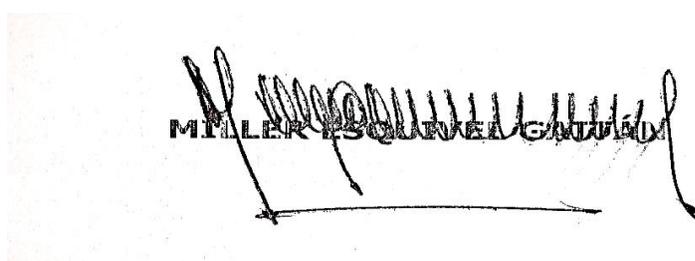
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALBERTO PENAGOS ARIAS CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00510 01 Juz 27.

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ALBERTO PENAGOS ARIAS demandó a la AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 a 5.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 7. Nació el 18 de junio de 1957. Empezó a cotizar al ISS desde el 4 de junio de 1985 cuando se encontraba vinculado a la empresa A.PE/ALOSA Y CIA LTDA., en abril de 1995 se trasladó a Colmena S.A., hoy Protección. En el mes de septiembre de 1997 se afilió a la AFP Porvenir S.A. Antes de cumplir los 52 años de edad el demandante no recibió asesoría profesional respecto de la posibilidad de retornar al RPM. Ha cotizado al sistema general de pensiones un total de 1557 semanas, las cuales se distribuyen en 783 en el ISS, hoy

Colpensiones y 774 en el RAIS. El 17 de agosto de 2018 radicó formulario de afiliación ante Colpensiones para solicitar la afiliación. Colpensiones rechazó la petición por estar a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez. El 8 de julio de 2019 radicó derecho de petición para solicitar la nulidad del traslado al RAIS. Así mismo, elevo petición ante Protección S.A. para preguntar acerca de la asesoría brindada al momento de la afiliación, a lo cual el fondo de pensiones contestó que no tenían soportes de la asesoría ya que la misma fue otorgada de manera verbal. El 15 de agosto de 2018 solicitó una simulación pensional a la AFP Porvenir en donde le informaron que su mesada pensional sería de \$1.512.000. en el RPM la pensión aplicando una tasa de remplazo del 71.11% sería de \$1.978.017. Al momento del traslado efectuado no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto o la posibilidad que tenía de retornar al RPM.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó en los términos del escrito visibles a folios 230 a 244.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; la fecha de nacimiento del demandante, la edad actual del actor, la afiliación a Protección S.A., la actual afiliación a Porvenir S.A., la comunicación enviada por el actor a la AFP Protección y la respuesta al derecho de petición.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación

por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y genérica.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES contestó en los términos del escrito visible a folios 112 a 140.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, la edad actual del actor, los aportes efectuado al ISS, la radicación del formulario de afiliación, el rechazo de la solicitud de afiliación, el derecho de petición interpuesto, la respuesta mediante la cual se negó la solicitud de nulidad de traslado,
- Formuló como excepciones de fondo; descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

La AFP PORVENIR S.A., dio contestación en los términos del escrito visibles a folios 146 a 168.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, la edad actual del actor y la actual afiliación a la AFP Porvenir.
- Formulo como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de Colmena S.A., hoy AFP Protección, de fecha 26 de abril de 1995. Ordenó a Porvenir S.A. y Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, con frutos e intereses, junto con los gastos de administración y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP Protección no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de

información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia. Considera que la declaratoria de ineficacia del traslado resulta improcedente en este caso, pues el actor está inmerso en la prohibición legal estipulada en el artículo 2° de la ley 797/03. Señala que el demandante era plenamente capaz al suscribir el formulario de afiliación y que por ende no se evidencia ningún vicio del consentimiento. Indica que la presente decisión afecta la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

PORVENIR S.A.: señala que la AFP cumplió con el deber de información según la normatividad vigente al momento del traslado, ya que para dicha época no se exigía documentar por escrito la asesoría y bastaba la suscripción del formulario de afiliación. Considera que el demandante faltó al deber de diligencia y cuidado como consumidor financiero. Nunca demostró interés en retornar al RPM y eso se evidencia con los 20 años que permaneció afiliado al RAIS. Indica que no es procedente la devolución de los saldos y gastos de administración, toda vez que estos valores ya fueron descontados para cubrir los riesgos contratados y no se encuentran en poder de la administradora de pensiones.

AFP PROTECCIÓN: solicita se revoque parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con la condena de los gastos de administración, como quiera que estos valores ya fueron descontados para generar rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual de la demandante y además se cubrieron los riesgos de vejez, invalidez y muerte, todo lo anterior producto de la buena gestión profesional del fondo de pensiones. Además, indica que las primas de seguro previsional fueron canceladas a las aseguradoras que son terceros de buena fe. Sobre la devolución de dichos conceptos opera el fenómeno de la prescripción establecido en los artículos 151 del C.P.T.S.S. y el 488 del C.S.T., ya que no están destinados a financiar las mesadas pensionales. De otra parte, manifiesta que no se puede ceñir este proceso a los preceptos de la nulidad del derecho civil.

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

Parte demandante: manifiesta que después de surtidas las etapas procesales de primera instancia, la parte demandada no logro demostrar de manera fehaciente e inequívoca que al momento de la suscripción del traslado inicial de régimen pensional, le brindo al actor una asesoría pensional completa, integral, panorámica, imparcial y libre de vicios y/o presiones que pudieran haberle otorgado en su momento las herramientas necesarias para tomar una decisión libre, consciente y voluntaria, respecto a su futuro pensional.

Parte demandada:

COLPENSIONES: Al momento de la solicitud del retorno al RPM, el actor se encontraba inmerso en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. De otra parte dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), ahora bien no encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y protección, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

PORVENIR S.A.: señala que el traslado efectuado por el demandante del (RPM) al (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma pre impresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. De igual manera, el juzgador de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que, precisó que se debió llegar al punto desanimar a el demandante de hacer su vinculación al RAIS, pues bajo dicha tesis bien puede concluirse que el Régimen de Ahorro Individual es subsidiario al Régimen de Prima Media, situación contraria a lo establecido en la sentencia C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no están en contra al principio de igualdad, toda vez que, la finalidad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

- **AFP PROTECCIÓN:** no se pronunció en esta etapa.

CONSIDERACIONES

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

35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional, la prescripción y la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 8 de julio de 2019 (fl. 57), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 9 de septiembre de 1997, cuando solicitó su vinculación a Porvenir S.A. (fl. 169) luego de haber estado afiliado a la AFP Colmena, hoy Protección S.A., a partir del 26 de abril de 1995 (fl. 256).

Validez del traslado de régimen

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

Al respecto, si bien el actor diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colmena, hoy Protección S.A., el 26 de abril de 1995 (fl. 256), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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

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

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Cabe resaltar que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro,

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

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

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

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

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

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

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

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

pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento o prohibición legal alguna, como la contemplada en el artículo 2° de la ley 797 de 2003.⁴

Nada de lo anterior demostró la AFP Colmena (hoy Protección S.A.), entidad que asumió la afiliación que hizo el demandante, y que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente

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

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

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

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

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

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

⁴ Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

informado. La AFP no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Insuficiencias que contrario a lo considerado por la AFP Porvenir no se subsanan y lo hacen depositario del deber de información por el hecho de que el actor hubiese permanecido más de 24 años efectuando cotizaciones sin manifestar insatisfacción frente al régimen escogido, o porque no haya demostrado inquietud por retornar al RPM, como quiera que las inconformidades surgen a lo largo del tiempo al ver que no se cumple con las expectativas respecto a su futuro pensional.

Se resalta que si bien existe diferencia entre ineficacia y nulidad, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya ha indicado que el camino para abordar estos temas es la ineficacia tal como se desprende de la interpretación de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 13 del CST y art. 53 de la Constitución Política, la jurisprudencia también ha precisado en SL4360, SL1688 y SL3464 de 2019, que al no haber previsto el legislador un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, sus consecuencias prácticas eran idénticas, y acogió por analogía el mandato previsto en el art. 1746 del Código Civil que gobierna el régimen de nulidades para aplicarlo a estos casos.

Resulta desacertada la afirmación de Porvenir acerca de la falta de cuidado del actor como consumidor financiero, toda vez que la ley 1328 de 2009 en su artículo 3°, establece: "**Artículo 3°.** Principios. Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes: a) **Debida Diligencia.** Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas

y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas. Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros”.

De acuerdo a lo anterior, al efectuar la afiliación se debe recibir de parte de los fondos de pensiones la información clara, suficiente, oportuna, verificable y veraz que permita al afiliado una amplia comprensión e interpretación de la información suministrada. En virtud de las obligaciones recíprocas que surgen de la relación entre entidades que proporcionan un servicio o producto y el consumidor financiero, no se puede exigir diligencia al usuario, si no le brindaron las herramientas suficientes para informarlo debidamente acerca del servicio adquirido.

Devolución de los gastos de administración

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en contra de las administradoras de fondos de pensiones demandadas, es preciso indicar tal como lo indica la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, “*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*”, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de Porvenir y Protección a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁵) por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos del actor no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta ni de Colpensiones.

A pesar que los gastos de administración son deducciones autorizadas por el artículo 104 de la ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 53 de la ley 1328 de 2009, se tiene que con relación a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado que si las cosas vuelven a su estado anterior, la AFP tiene que asumir los deterioros del bien administrado mediante la devolución de los gastos de administración, primas de seguro previsional y demás valores obrantes en la cuenta de ahorro individual, como quiera que la ineficacia se generó como consecuencia de la conducta desplegada por el fondo de pensiones al incumplir con el deber de información a su cargo.

Prescripción de los gastos de administración

Dadas las consideraciones expuestas, la sala advierte que no acoge los argumentos formulados por la AFP Protección S.A. en cuanto a la aplicación de la prescripción respecto a los gastos de administración, fenómeno dispuesto en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y S.S., toda vez que los valores y rendimientos generados son producto de los aportes efectuados por el afiliado, que espera recibir como contraprestación el pago de la suma adicional, para que así se pueda financiar su pensión. Contrario a lo afirmado por la AFP demandada, los gastos de administración no pueden someterse a la prescripción de las acciones laborales, ya que haría nugatorio el derecho pensional que es de carácter imprescriptible.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

⁴ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$908.526) a cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de mayo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$908.526) a cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

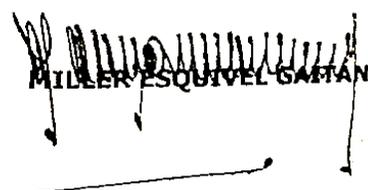
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO DE NATHALY YOJANNA RAMÍREZ GÓMEZ contra EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. Rad. 2019 00591 Juz. 23.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

NATHALY YOJANNA RAMÍREZ GÓMEZ demandó a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 2 y 3.

- Declarar que en los artículos 57 y 58 de la convención colectiva suscrita entre la demandada y SINTRAEMSDES se pactó que los contratos de quienes estaban vinculados al 24 de noviembre de 2015, cuentan con contrato a término indefinido.
- Se declare que la demandante está afiliada a SINTRAEMSDES.
- Se declare que a la actora le aplica la Convención Colectiva suscrita el 24 de noviembre de 2015.
- Se declare que el contrato de trabajo suscrito el 23 de enero de 2013, lo es a término indefinido.
- Se reconozca todos los beneficios convencionales desde su vinculación.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 8. Se vinculó con la demandada con un contrato de trabajo a término fijo desde el 02 de enero al 01 de julio de 2013, el cual mediante memorando interno fue prorrogado en las siguientes fechas: 02 de julio al 31 de diciembre de 2013, 01 de enero al 30 de junio de 2014, 01 de julio al 31 de diciembre de 2014 y del 01 de junio al 30 de noviembre de 2015. Posteriormente, se suscribió otro contrato de trabajo a término fijo No. 37036534

desde el 02 de diciembre de 2015 al 31 de diciembre de 2016, se firmó otro sí para continuar en el cargo de Tecnólogo Administrativo Nivel 31 en los siguientes períodos: 27 de diciembre de 2016 al 31 de diciembre de 2017, 07 de noviembre de 2017 al 31 de diciembre de 2018, 18 de diciembre de 2018 al 31 de diciembre de 2019, prestó sus servicios de manera ininterrumpida a partir del 02 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2019. La parte actora es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo pactada el 24 de noviembre de 2015, entre la demandada y el Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Instituciones Descentralizadas y Territorios de Colombia (SINTRAEMSDDES) y por ende le es aplicable el artículo 57 de dicha del pacto colectivo. La convención colectiva en el art. 57 dispone que en aras de garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores vinculados para la fecha en la que se llegó a tal acuerdo (24 de noviembre de 2015), se suscribirían contratos de trabajo a término indefinido, razón por la cual la demandante estaría vinculada mediante dicha modalidad de contrato. El 07 de junio de 2019, presentó reclamación administrativa, la cual fue resuelta por el Acueducto el 02 de julio del mismo año de forma desfavorable.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en los términos del escrito visible a folios 119 a 131.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la Convención Colectiva suscrita el 24 de noviembre de 2015, el cargo, el contrato de trabajo a término fijo, sus prórrogas los otro sí y el concurso de méritos que adelanta.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe, mala fe de la actora y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió a la demandada de las pretensiones. Llegó a esa determinación al constatar que la pasiva ha dado estricto cumplimiento a las disposiciones convencionales, como quiera que RAMÍREZ GÓMEZ al ocupar un cargo de la naturaleza descrita en el art. 51 de la convención colectiva debe mantener su vinculación mediante contrato a término fijo con las prórrogas señaladas en dicho

artículo, hecho que se probó con las comunicaciones dirigidas a la demandante tendientes a dar continuidad al vínculo laboral. Señaló que no es procedente dar aplicación a lo dispuesto en el art. 57 convencional, ya que tal norma es de carácter general y está dirigido a todos los trabajadores de la entidad, mientras que el art. 51 es específico, especial y está en concordancia con las funciones desempeñadas por la promotora del proceso, circunstancias por las que no es dable aplicar el principio de favorabilidad alegado por la parte actora. Resaltó que tampoco pueden analizarse las sentencias citadas por la demandante (SL 49776, 49645 y 51256), pues si bien las mismas analizan el artículo 57 Convencional, lo cierto era que en ninguna de ellas se estudió lo señalado en el artículo 51 de esa misma prerrogativa. Se relevó del estudio de las excepciones propuestas dadas las resultas del proceso.

Recurso de Apelación

La demandante, precisa que el A quo pasó por alto los argumentos expuestos en sus alegatos de conclusión, pues solo se preocupó por estudiar el régimen de transición convencional y desconoció el capítulo séptimo de ese clausulado donde se contemplan las garantías laborales de los trabajadores de la Empresa de Acueducto de Bogotá y el principio de favorabilidad. Considera que lo señalado en el art. 49 del pacto colectivo (norma que no es especial) no le aplica ya que las causas que dieron origen al contrato de trabajo de ella, aún subsisten, se encuentran vigentes y desconoce sus prerrogativas laborales. Insiste en la aplicación de los artículos 57 y 58 de la convención de los que es beneficiaria y estos resultan ser claros, específicos y categóricos.

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

Parte demandante: adujo que el A quo paso por alto que el régimen de transición pactado convencionalmente tuvo vigencia hasta el 30 de noviembre de 2020 por lo que ya no tenían incidencia en la vinculación de la demandante. Considera que la actora no está obligada a participar en el concurso dado el tipo de contrato que sostiene con la demandada y conforme al acuerdo convencional, el cargo ocupado cumple con las condiciones para ser un contrato a término indefinido.

Parte demandada: pide se confirme la decisión, no obstante, considera que si bien la empresa debe vincular a sus empleados mediante contrato de trabajo a término indefinido, en especial a aquellos que ya se encontraban vinculados bajo Convención Colectiva, el mismo acuerdo autorizó a la entidad a dar por terminados las vinculaciones de las personas de la planta transitoria para contratarlos nuevamente

a partir del 01 de diciembre de 2015 mediante contrato a término fijo, es decir hasta noviembre de 2020, tiempo que ya feneció, razón por la cual la demandante debe participar en el concurso de méritos para el cargo.

CONSIDERACIONES

En estricta consonancia con el recurso de alzada, procede La Sala a determinar si la demandante tiene derecho a que se modifique la modalidad del contrato de trabajo que la ata con la demandada, y en consecuencia se ordene que su contrato es a término indefinido, en aplicación de los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 24 de noviembre de 2015 entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP y la Organización sindical SINTRAEMSDES.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la reclamación de fecha 07 de junio de 2019 (fl. 33 a 47) en la que solicitó se declare que su contrato de trabajo a término fijo es de naturaleza indefinida, conforme las disposiciones Convencionales pactadas entre "SINTRAEMSDES" y el Acueducto de Bogotá. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Vinculación laboral

En la instancia no se controvierte la vinculación laboral que unió a las partes, la existencia de dos contratos de trabajo, sus extremos, cargo y salarios.

De la aplicación de las disposiciones convencionales.

Pretende la actora que en aplicación a los artículos 57 y 58 de la convención colectiva suscrita entre la EAAB y la Organización Sindical SINTRAEMSDES se modifique el contrato de trabajo de término fijo a término indefinido, por lo que se hace necesario revisar el contenido de tal clausulado a fin de resolver lo pertinente. En el asunto el juez cuando resolvió el litigio dio prevalencia a lo previsto en los artículos 49 y 51 que disponen:

"Artículo 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años, el cual inicia a partir del próximo primero (1) de diciembre del años 2015 y termina el (30) de noviembre del años 2020, para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial

de la EAB-ESP. Durante el Régimen de Transición se hará aplicación diferenciada de los derechos con respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en salud, préstamo de vivienda, prima de productividad y Colegio Ramón B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos convencionales que otorga al trabajador del régimen (3) de la presente convención colectiva de trabajo.

Parágrafo: Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicaran las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego del cual seguirá vinculado con las condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente."

"Artículo 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA. *La empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá definieron que el régimen de transición irá desde el 01 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. Los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. Las partes acuerdan que a partir del 01 de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los **procesos comerciales**, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios de acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso **comercial** y de facturación de servicios de aseo serán vinculados con **contrato a término fijo**, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece (13) meses que irá desde el 01 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogaran automáticamente conforme lo establecido en el capítulo de formalización laboral contenido en la presente convención colectiva de trabajo.*

Los trabajadores vinculados a la EAB-ESP mediante contratos a labor contratada que vencen el 30 de noviembre de 2015, se prorrogaran por seis (06) meses a partir de diciembre primero de 2015 y hasta el 30 de mayo de 2016 en los términos de la presente convención colectiva de trabajo. (acta de acuerdo No 7 de 2015)"

No obstante los anteriores postulados, la demandante insiste en que por favorabilidad se de aplicación a lo dispuesto en el artículo 57 que prevé:

"CLASE DE CONTRATO: *Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores **entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores, serán celebrados a término indefinido.** La Empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de méritos con los criterios del escalafón.*

Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, *la clase y naturaleza de los contratos serán a **término indefinido**, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo"*

Por otra parte, el artículo 58 del acuerdo convencional estipuló:

"CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TERMINO FIJO: *La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.*

De manera excepcional la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizarán.

Así mismo, se autoriza en caso de vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar.

(...)

En ningún caso podrá vincularse el trabajador mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento"

De las anteriores disposiciones se tiene que en principio, la vinculación de todos empleados de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, conforme sus disposiciones convencionales (*a partir del momento de suscripción del acuerdo convencional – 2015 - 2019*) debe hacerse mediante contrato de trabajo a término indefinido, salvo aquellos funcionarios que laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto, gestión social de los servicios de acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación de servicios de aseo, los cuales se vinculan mediante contrato de trabajo a término fijo, suerte que también corren los funcionarios que se contraten para realizar una obra o labor determinada, la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, reemplazo de personal en vacaciones o en licencia o en caso de vacancias definitivas, casos en los que la vinculación no podrá exceder el término de cinco meses. Ahora, para poder determinar cual norma regula la situación de la demandante en aplicación del principio de favorabilidad que implora la apelante, el cual está previsto en los artículos 1 y 7 del mismo cuerpo convencional y que consagran:

"Artículo 1. RECONOCIMIENTO PREVALENTE DE LA CONVENCION COLECTIVA: *Las partes acuerdan que en relación con las Convenciones Colectivas de Trabajo cualquier interpretación que directa o indirectamente desmejore los derechos adquiridos de los trabajadores de LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTA E.S.P en Convenciones Colectivas anteriores, será ineficaz y no producirá ningún efecto frente a los beneficiarios. En consecuencia quedarán vigentes las cláusulas convencionales más favorables para los trabajadores y la Empresa se compromete a dar cumplimiento al principio de favorabilidad»*,

"Artículo 7. *La EAB-ESP se compromete a continuar cumpliendo y aplicando el régimen laboral y prestacional pactado en convenciones colectivas y los más favorables que otorgue la ley. En caso de conflicto de aplicación de normas prevalecerá la más favorable para el trabajador...*"

Es necesario traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia SU-113 de 2018, en la que se analizó el principio de favorabilidad en la interpretación de las convenciones colectivas y de la que se resalta:

"6.4. Ahora bien, este Tribunal ha puntualizado que, en el escenario de los conflictos de trabajo, "so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley"[50].

*6.5. Igualmente, en sede de control abstracto de constitucionalidad, esta Corporación ha considerado que, **en aplicación del principio de favorabilidad, cuando exista una misma situación que haya sido regulada** en "distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma" [51] es deber de quien las aplica o interpreta, acoger la que más beneficie al trabajador. De esa manera, dicho principio opera, "no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, **o entre dos normas de idéntica fuente**, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador" [52].*

*6.6. Por consiguiente, el Constituyente consagró en el ya mencionado artículo **53 Superior**, "derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos" [53], entre los cuales se encuentra, precisamente, el que nace de la aplicación del **principio de favorabilidad**.*

*6.7. Así entonces, la autonomía judicial respecto a la interpretación normativa es muy relativa, toda vez que "el juez puede interpretar la ley que aplica, pero **no le es dable hacerlo en contra del trabajador**, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica" [54].*

*6.8. La jurisprudencia constitucional, en general, haciendo referencia a la aplicación del **principio de favorabilidad en materia de las convenciones colectivas del trabajo, se ha edificado sobre dos pilares esenciales:** "(i) la obligación de los jueces de la República de someterse en sus decisiones al derecho, bajo la idea de la fuerza material de ley de las convenciones colectivas y su carácter de acto solemne, y (ii) la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y **el principio de favorabilidad laboral en caso***

de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas “[55].

6.9. En conclusión, si una norma -incluyendo las convenciones colectivas de trabajo, según la dogmática que precede-, admite varias posibilidades de interpretación, es deber del juez aplicar la que resulta más benéfica para el trabajador, pues en caso contrario, se vulneraría el derecho fundamental al debido proceso y el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 Superior.”

Y lo establecido por la CSJ en sentencia SL 351 de 2018, donde precisó al estudiar la forma en que se debe analizar los supuestos convencionales, que:

“La Corte debe insistir en este punto en que, a partir de parámetros objetivos como la filosofía del ordenamiento jurídico relacionado con el trabajo, la coherencia de un texto convencional, entendido como un todo, su lectura integral y uniforme, el espíritu razonable de las disposiciones y la voluntad sistemática de las partes, entre otros, es posible reconocer un marco legítimo dentro del cual las partes pueden albergar dudas razonables respecto de ciertas cláusulas. Como toda norma jurídica, la convención colectiva cuenta con un marco de interpretación razonable, que le da autonomía a las partes y al juez para decidir lo más adecuado, de entre varias opciones plausibles, pero que, a la vez, niega la validez de lecturas inaceptables, que traicionan abiertamente el contexto en el que se producen o que resultan ilógicas, irrazonables y desproporcionadas.”

Así las cosas, tomando como punto de partida el principio de la condición más beneficiosa que garantiza la aplicación de la norma más favorable para el trabajador en caso de duda sobre la aplicación de diferentes normas, las que para el caso están contempladas en la convención colectiva de trabajo, disposición que La Sala estudia de forma integral y sistemática, se concluye que en el *sub lite* el juez no desconoció el principio de favorabilidad alegado en el recurso, ni tampoco inaplicó el artículo 57 convencional de manera caprichosa, como quiera que los preceptos previstos para garantizar la estabilidad laboral y las cláusulas transicionales contenidas en la misma disposición, no pueden ser interpretadas como opuestas, pues al contrario de su revisión se advierte que cada postulado se ocupa de concatenar y armonizar la aplicación de los diferentes escenarios que regulan los contratos de trabajo, además conforme la lectura de la aplicación del principio de favorabilidad que cita la convención (artículo 1.), se tiene que este procura garantizar las mejores condiciones laborales que persistan en caso de que se presente menoscabos, con lo que se brinda efectividad y primacía a los derechos adquiridos en acuerdos anteriores.

En el asunto como ya se precisó la demandante se vinculó con la EAB-ESP mediante contrato de trabajo a término fijo No. 36534, entre el 02 de enero y el 01 de julio

de 2013, para desempeñar el cargo de Tecnólogo Administrativo Nivel 31 – dependencia división operación comercial zona 1 (fls 18 y 19, 140 y 141), el que fue prorrogado mediante memorandos internos Nos 284, 001811, 1410001-2014-1060, 1410001-2014-3717 y 1410001-2015-0772. El 02 de diciembre de 2015 (fl 25-26) se suscribió un nuevo contrato a término fijo, con fecha de finalización 31 de diciembre de 2016, para laborar en el cargo de el cargo de Tecnólogo Administrativo, en la dependencia división operacional comercial zona uno, el cual contó con 3 prorrogas conforme los otro sí que militan a folios 27 a 29 y 152 a 154, y de la certificación laboral que reposa a folios 30 y 31 se advierte que RAMÍREZ GÓMEZ labora en la división de operaciones comerciales; pruebas con las que concluye La Sala que la vinculación del 02 de diciembre de 2015, se ajusta a los parámetros previstos en los artículos 49 y 51 de la convención colectiva de trabajo 2015 – 2019, pues la entidad cuenta con un periodo gracia de 5 años (entre el 01 de diciembre de 2015 al 30 de noviembre de 2020) para la vinculación del personal cuyo fin era facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores de la planta de personal oficial de la EAB-ESP, disposición que fue reiterada en el art. 57 *ibidem* en el que con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores se dispuso que tenía que entenderse que todos los contratos suscritos por la empresa lo serían a término indefinido y que la demandada se comprometía a vincular a los trabajadores con esa modalidad previo concurso de mérito. En ese orden la interpretación de la demandante resulta inadmisibles, pues si en gracia de discusión fuera posible pasar por alto la dependencia en la que se desempeña (*operaciones comerciales – límite establecido en el art. 51*) de todas formas todos los trabajadores que pretenden la vinculación a término indefinido en la planta global de la demandada están condicionados a superar las etapas de un concurso de méritos y figurar en un puesto elegible.

Bastan estas consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS: Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de febrero de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

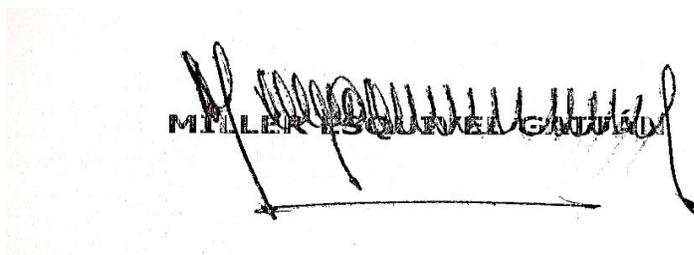
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

(EN PERMISO)

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OVIDIO BULLA BULLA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES COLPENSIONES. RAD. 2019 00655 JUZ 35.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalada por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

OVIDIO BULLA BULLA demandó a COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3.

- Intereses Moratorios.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls 2 y 3. El 9 de agosto de 2012 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la que fue reconocida mediante resolución GNR 220085 del 16 de junio de 2014 en aplicación de la Ley 71/88, junto con el retroactivo pensional a partir del 01 de septiembre de 2012 por la suma de \$12.628.584, sin que se tuviera en cuenta los intereses de mora causados por el retardo en dicho reconocimiento. El 6 de abril 2018, solicitó a la demandada el pago de los intereses moratorios conforme el art. 141 de la Ley 100/93 sin que a la fecha Colpensiones emitiera algún pronunciamiento sobre su petición.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contestó en la forma y términos del escrito visible a fls 22 a 27.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto; la solicitud pensional, el reconocimiento de la prestación junto con el retroactivo y la petición de los intereses moratorios.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado en audiencia del 24 de agosto de 2020 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió a la demandada. Encontró procedente la condena de los intereses moratorios al no encontrar razones valederas para que la demandada se haya demorado las de 18 meses en resolver la solicitud pensional, sin embargo advirtió probada la excepción de prescripción propuesta por la pasiva ya que entre la fecha del reconocimiento (junio de 2014) y la fecha de la reclamación administrativa (06 de abril de 2018) ya había transcurrido el término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Recurso de apelación

El demandante, solicita se revoque la sentencia al considerar que el derecho reclamado es un derecho fundamental y constitucional que no puede ser sometido a fenómeno de la prescripción.

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

Parte demandante: no está de conforme con la decisión del A quo, como quiera que le asiste reconocimiento a los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100/93, ya que la prestación le fue reconocida el 01 de septiembre de 2012 pero solo hasta julio de 2014 fue ingresado a nómina de pensionados, transcurriendo más de los cuatro meses contemplados en la norma para el estudiar y reconocer la pensión de vejez.

Parte demandada: considera que es improcedente el reconocimiento de los intereses perseguidos, por cuanto no existió mora o retardo en el pago de las mesadas pensionales y la prestación fue reconocida dentro del término descrito en la Ley.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma el 6 de abril de 2018, tal y como se desprende de la reclamación que reposa a folio 16, donde BULLA BULLA solicitó el pago de los intereses moratorios, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de pensionado.

No se controvierte la calidad de pensionado del demandante, como quiera que mediante Resolución GNR 220085 del 16 de junio de 2014 (fls. 13 a 15) Colpensiones le reconoció pensión de vejez a partir del 1 de septiembre de 2012 conforme lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 71/88, teniendo en cuenta 1037 semanas, aplicando una tasa de remplazo del 75% y una mesada que ascendió a la suma de \$566.700.

Intereses Moratorios.

Referente a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993¹, encuentra La Sala que ante la mora en el pago de las mesadas pensionales, se impone su condena. No obstante, previo a la imposición de tal acreencia es posible analizar los hechos que rodearon la tardanza, en aras de verificar si se encuentra justificación, postura que se acompasa con pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que se encuentra la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2013 con radicación 43602, Magistrado Ponente Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz². Al respecto, el

¹ “**ARTICULO. 141.-Intereses de mora.** A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago”.

² “La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir. Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos

demandante solicitó el reconocimiento pensional el 09 de agosto de 2012, la cual fue resultado solo hasta el 16 de junio de 2014 mediante resolución GNR 220085 (fls. 13 a 15), esto es, 18 meses después del término de los 4 meses con los que cuenta la entidad para estudiar el reconocimiento pensional, en ese orden, como la petición desbordó el plazo legal establecido en el literal e) del artículo 9 de la Ley 797/03, el cual modificó el art. 33 de la Ley 100/93, y sin que en el asunto obre prueba alguna que permita justificar la conducta negligente de Colpensiones en el reconocimiento prestacional, La Sala encuentra que le asiste razón al A quo en la procedencia de los intereses moratorios pretendidos.

No obstante, como éstos no hacen parte de la pensión, (prestación que sí se torna imprescriptible al integrar el derecho a la seguridad social - sentencia SU 567/15), y tomando como punto de partida que las demás prestaciones accesorias al derecho a la pensión si pueden extinguirse cuando no son reclamadas en término, posición que ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL5100-2020, SL1019-2021, SL672-2021), en el *sub lite como* BULLA BULLA solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el 09 de agosto de 2012, tal como se corrobora de la Resolución GNR 220085 de 2014 (fls 13 a 15) y la reclamación administrativa se elevó el 06 de abril de 2018 (fl. 16), en el asunto transcurrieron 4 años desde el momento en que nació el derecho a reclamar los intereses, sin que se advierta que durante ese lapso hubiese ejercido acción alguna tendiente a obtener el pago que ahora demanda, para que de esa manera interrumpiera la prescripción conforme lo señala el art. 151 CPTSS y el 488 CST.

En ese orden, como en el plenario no se avizora prueba que acredite tal interrupción y como el reclamó se efectuó fuera del termino trienal, se concluye que en el asunto se debe **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjense la suma de Trescientos Mil Pesos (\$300.000) como agencias en derecho para la apelante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras"

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia del 24 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjense la suma de Trescientos Mil Pesos (\$300.000) como agencias en derecho para la apelante.

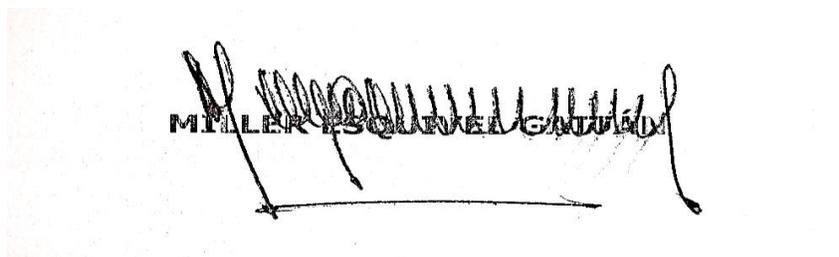
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PILAR RODRIGUEZ TUTA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A Rad. 2019 00788 - 01 Juz. 23.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

PILAR RODRIGUEZ TUTA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 3 y 4.

- Nulidad e ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 y 3. Nació el 22 de abril de 1963. Se afilió al ISS el 24 de agosto de 1981 y cotizó 685.57 semanas hasta el 31 de octubre de 1999. El 14 de septiembre de 1999 se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., momento en el que se omitió brindarle información adecuada y suficiente sobre el RAIS. La AFP COLMENA es hoy PROTECCIÓN S.A. Ha cotizado un total de 1701.28 semanas en ambos regímenes con una cotización aproximada de 5 salarios mínimos. El 10 de septiembre de 2019, solicitó a PROTECCIÓN S.A. simulación pensional, cuyo resultado es una mesada equivalente al salario mínimo. Presentó ante COLPENSIONES el 18 de noviembre de 2019 solicitud de nulidad/ineficacia de afiliación, la que fue resuelta negativamente el mismo día por tener menos de diez años para cumplir con el requisito de edad de jubilación.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a fls. 1 a 17, archivo 1 de medio magnético visible a folio 54 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó lo concerniente a fecha de nacimiento y edad de la demandante, la fecha de afiliación al ISS y las semanas cotizadas en el fondo público, los cambios en el nombre de la AFP, la base de cotización al momento de presentar la demanda, la petición de traslado y su respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; 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 y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito visto a fls. 1 a 21, archivo 2 de medio magnético visible a folio 54 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y la edad de la demandante, fecha de afiliación al RAIS, indicación de que podía pensionarse de manera anticipada, los cambios en el nombre de la AFP, la base de cotización al momento de presentar la demanda, las semanas cotizadas en ambos regímenes y la simulación pensional realizada por solicitud de RODRIGUEZ TUTA.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que absolvió de todas las pretensiones a las demandadas. Llegó a esa determinación al considerar que el traslado de régimen pensional de la demandante se dio de manera libre y consciente, que si bien el formulario de afiliación suscrito por sí solo no es suficiente para acreditar que se cumplió con el deber de información a cargo de la AFP (como lo ha sostenido la SL CSJ), evaluando todo el acervo probatorio en conjunto, se pudo evidenciar

que la actora conocía de las características del fondo al que se iba a trasladar, situación ratificada en la confesión esgrimida en su interrogatorio de parte, donde dijo que conocía de las particularidades tanto del RAIS (*ejemplo: que sus dineros aportados generaban una rentabilidad como en un banco, que se podía pensionar en cualquier momento conforme el monto de sus aportes y que existía un seguro en caso de su fallecimiento o alguna circunstancia que generara una invalidez*) como del RPM (*ejemplo: que para acceder a su derecho pensional debe cumplir con un requisito de edad mínima y de semanas cotizadas y que dicho derecho se otorga mediante un porcentaje según las cotizaciones de los últimos años*) por lo que al momento del traslado pudo prever las consecuencias del mismo, teniendo en cuenta también que en dicho interrogatorio confesó que su objetivo con el proceso es meramente económico al no estar conforme con la mesada pensional causada en el fondo privado.

Recurso de Apelación

El apoderado de la parte demandante, adujo que los testigos traídos no pueden ser desechados porque no estuvieron presentes al momento de firmar el formulario, resaltó que todos los deponentes fueron compañeros, todos estuvieron en las reuniones generales, fugaces y rápidas en las que supuestamente, se brindó la información suficiente a RODRIGUEZ TUTA para que realizara su traslado. Se estableció en el proceso que el principal argumento para el traslado fue haberseles indicado que el ISS se iba a acabar con lo que la actora fue inducida en error, los formularios ya iban diligenciados por lo que la demandante solamente fue llamada para firmar. Insiste en la falta de información que dejó de suministrar la AFP PROTECCIÓN al momento del traslado y el desconocimiento e inaplicación del principio de inversión de la carga de la prueba.

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

Parte demandante: dijo que el A quo se apartó del precedente jurisprudencial de la CSJ, quien ha reiterado que es la AFP quien debe demostrar que suministró información suficiente sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen pensional, sin que sea de recibo el hecho de haber suscrito el formulario de afiliación, pues tal como lo ha expresado la SL CSJ en múltiples decisiones este es una proforma que no corresponde a la voluntad del afiliado, circunstancias por las que considera procedente declarar la nulidad del traslado.

Parte demandada; la AFP PROTECCION: guardó silencio.

COLPENSIONES: afirma que no es dable declarar la nulidad del traslado, por cuanto el único interés de la actora es económico, más no una falta a las obligaciones de la AFP, pues por el contrario manifiesta que la demandante que si conocía de las características al régimen que se trasladaba, por lo que ahora no puede beneficiarse de ello.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 38 a 40, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 18 de noviembre de 2019, en la que diligenció formulario para el traslado de régimen pensional, junto con el derecho de petición donde solicita la nulidad de afiliación a la AFP PROTECCIÓN y la respuesta emitida por el fondo público, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A. (fl. 27), fondo al cual se trasladó desde el 14 de septiembre de 1999 (en su oportunidad con la AFP COLMENA), afiliación que se encuentra vigente.

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, el monto de la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 14 de septiembre de 1999 (fl. 27), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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

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

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

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

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

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por RODRIGUEZ TUTA, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario **no es suficiente** para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso COLMENA hoy PROTECCIÓN), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No.

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

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

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

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

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

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

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

Nada de lo anterior demostró la AFP PROTECCIÓN, ya que se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria y si bien ésta AFP al contestar la demanda y en sus alegatos manifestó que previo al traslado, le suministró a la demandante en una reunión en la institución educativa donde laboraba información verbal donde explica algunos de los beneficios del régimen, situación comprobada conforme se logró determinar con el interrogatorio de parte, la entidad no demostró ni aclaró si adicionalmente a esa exposición general brindada a todos los trabajadores de la Institución le suministró directamente a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 21 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante conociera algunas de las características del RAIS y del RPM, pues recuérdese que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que este deber siempre ha existido (SL1452-2019), pues ese escenario de entregar información parcial y general, se insiste no resulta suficiente para entender que la demandante era conocedora de todas las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado y no con posterioridad, ya que este tipo de información

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

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

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

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

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

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

sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición o cuenta con una expectativa legítima, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *"Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones"*.

Por otro lado en lo que respecta a los testimonios recepcionados en el proceso, lo que se demuestra es que la información brindada por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. fue incompleta y generalizada, pues nótese que las testigos son enfáticas en indicar que el argumento principal de todos los fondos privados en las exposiciones realizadas en la Institución educativa donde laboraban junto a la demandante, era básicamente que el ISS se iba a acabar y podían perder todos sus aportes, sin especificar que si bien dicha entidad si se acabó, como es de público conocimiento, el Estado garantizó que los aportes de sus afiliados no se perdieran ni quedaran a la deriva creando una nueva entidad (COLPENSIONES), quien actualmente garantiza el derecho pensional de los afiliados provenientes del ISS y de los nuevos afiliados que día a día deciden hacer parte del RPM y si bien, en dichas socializaciones pudo haber brindado información respecto de algunas de las características del RAIS, la información que se suministró se hizo en favor de sus propios intereses (los de la AFP), ya que su propósito no era otro que lograr la afiliación de la mayor cantidad de trabajadores de la Institución, sin que se advierta que al momento de la formalización del traslado se hubiese ampliado el panorama pensional de cada afiliado (*lo que debe hacerse individualmente*), lo cual no ocurrió, pues el único acercamiento particular que se dio para septiembre de 1999 entre la actora y la AFP fue la suscripción del formulario de afiliación, el que la demandante aceptó, como quiera que le fue ofrecida una diferencia a mayor en el valor de la mesada pensional, no obstante, tener el convencimiento abstracto de una suma a favor de esta prestación sin un cálculo exacto, de ninguna manera configuran una elección libre e informada del afiliado, pues sin una proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes, la decisión del traslado resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el RAIS son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

De conformidad con todo lo anterior, colige La Sala que a RODRIGUEZ TUTA no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conducirá inexorablemente a **REVOCAR** la sentencia apelada para en su lugar **declarar la nulidad de la afiliación** de la demandante al régimen de ahorro individual efectuada el 14 de septiembre de 1999 a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. (fl.27) decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Por lo tanto y como quiera que actualmente la parte actora se encuentra vinculada con PROTECCIÓN S.A., ésta tiene el deber de devolver a Colpensiones todos los valores que

hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración, tal como lo ha precisado la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

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

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

De otra parte es de advertir que con esta decisión no se afecta el principio de la sostenibilidad financiera a Colpensiones, pues éste se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dinero que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-20206) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C., el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba, como si el acto de afiliación nunca hubiera existido, y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM todo lo recibido con ocasión a la afiliación, y que se reitera implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-20207, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989). Así mismo, es de precisar que en este asunto al tratarse de la construcción de un derecho pensional, el que además está integrado por todos los dineros que se ordena devolver al RPM, la excepción de prescripción propuesta no tiene el alcance ni de afectar la acción, ni mucho menos las sumas de dinero que comprenden las consecuencias de la sentencia.

Bajo los anteriores razonamientos, se **REVOCA** la sentencia apelada.

COSTAS: Conforme el numeral 4⁵ del art. 365 del CGP, la condena en costas de primera instancia impuesta a la demandante se revoca, para en su lugar condenar a la AFP al pago de ellas en ambas instancias. Fíjense la suma de 1SMLMV (\$908.526) como agencias en derecho para la demandada.

⁵ 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de febrero de 2021, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado de **PILAR RODRÍGUEZ TUTA** al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el día 14 de septiembre de 1999 con destino a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - CONDENAR a la demandada **AFP PROTECCION S.A.** como actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la actora a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que hubiere recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales y demás sumas adicionales, con los respectivos rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. - COSTAS: la condena en costas de primera instancia se revoca, para en su lugar condenar a la AFP al pago de ellas en ambas instancias. Fíjense la suma de 1SMLMV (\$908.526) como agencias en derecho para la demandada.

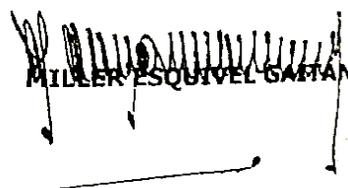
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN