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 NYDIA MARÍN AGUILAR CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. Rad. 2018 00009 01 Juz 40.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de noviembre 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

NYDIA MARÍN AGUILAR demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a **COLFONDOS S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 9 y 10.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes.
- Reconocimiento y pago de pensión de vejez.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Subsidiaria.

- Reconocimiento de la una mesada igual o superior a la recibida por Colpensiones, por parte de Colfondos.
- Indemnización por perjuicios causados por Colfondos S.A.

Los hechos se describen a folios 6 a 9, 187 y 188 de la reforma de la demanda. Nació el 16 de diciembre de 1960, cotizó al ISS desde 02 de junio de 1980 hasta el mes de julio de 1999 y acreditó en el RPM un total de 475 semanas. El 01 de agosto de 1999, se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., momento en el que no se le informó sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen pensional, pues lo único que se le dijo fue que el ISS se acabaría y que en el fondo privado accedería a una pensión de monto mayor y a una edad más

temprana que en el RPM, sin que le efectuaran una proyección pensional de acuerdo a las semanas ya cotizadas en el Instituto de Seguros Sociales. Colfondos le informó que no contaba con el capital suficiente en su cuenta de ahorro individual para acceder a la pensión de vejez y que la única alternativa era solicitar a la pensión con garantía mínima, la cual equivaldría a un salario mínimo legal mensual vigente, por lo que solicitó a la AFP la anulación de la afiliación al RAIS, petición que fue negada. Al efectuar una simulación pensional, su mesada en el RPM ascendería a la suma de $1.590.995, valor muy superior al que sería reconocido por la AFP. En el año 2017, presentó reclamación administrativa a Colpensiones, en la que pidió la nulidad del traslado de régimen y el reconocimiento de la pensión de vejez conforme la Ley 797/03, entidad que no accedió a lo pretendido.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Cuarenta 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. 105 a 125.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS, semanas cotizadas al RPM, la reclamación administrativa y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y genérica.

COLFONDOS S.A. en los términos del escrito visible a fls. 133 a 154.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó lo relativo a la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud nulidad de traslado y su respectiva respuesta
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción de nulidad para solicitar la nulidad del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado del RAIS al RPM, buena fe, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, genérica, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento.

Sentencia de Primera Instancia

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

"***PRIMERO: DECLARAR*** *la* ***INEFICACIA DEL TRASLADO*** *de régimen pensional que realizó* ***NYDIA MARÍN AGUILAR*** *del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el* ***ISS*** *al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por* ***COLFONDOS S.A.***

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. *trasladar a* ***COLPENSIONES*** *todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos intereses y rendimientos.*

TERCERO: ORDENAR *a* ***COLFONDOS S.A.*** *reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros.*

CUARTO: ORDENAR *a* ***COLFONDOS S.A.*** *realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP (anulación a través de MANTIS) y entregar a Colpensiones el archivo y el detalle de aportes realizados por la actora durante la permanencia en el RAIS.*

QUINTO: ORDENAR *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES* ***COLPENSIONES*** *que acepte a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por* ***COLFONDOS S.A.***

SEXTO: DECLARAR *que a la demandante NYDIA MARIN AGUILAR le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES.*

SÉPTIMO: *Una vez COLFONDOS S.A de cumplimiento a lo dispuesto en esta providencia, se* ***ORDENA*** *a COLPENSIONES que en un plazo máximo de seis (6) meses* ***RECONOZCA y PAGUE*** *en favor de la actora pensión de vejez, a partir del 1 de enero de 2018, debiendo aplicar como IBL el más favorable que resulte de comparar el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo laborado, debidamente indexados. La pensión se deberá conceder por 13 mesadas al año, estando autorizada Colpensiones para deducir lo correspondiente a pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud.*

Cumplido la condición y plazo establecido en el inciso anterior, sin que Colpensiones haya realizado el reconocimiento y pago en favor de la actora, se generarán intereses moratorios conforme lo establece el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

OCTAVO: NEGAR *las demás pretensiones de la demanda.*

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

DÉCIMO: COSTAS *a cargo de COLFONDOS S.A., y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente.*

DECIMO PRIMERO: CONSULTAR *esta sentencia con el superior SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, con fundamento en el art. 69 del C.P.T.S.S."*

Llegó a esta determinación luego de constatar que COLFONDOS no le informó de manera completa y suficiente a la demandante de las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, para que su decisión de traslado hubiese sido libre y voluntaria según el literal b del art. 13 de la Ley 100/93, faltando al deber de información y asesoría que le asiste a la administradora, sin que la entidad haya probado el cumplimiento de tal deber, como quiera solo aportó el formulario de vinculación el considera que no es suficiente para acreditar el consentimiento informado de la afiliada conforme lo enseñado por la SL CSJ. Resaltó que, aunque para el momento del traslado de régimen (1999) no se había proferido el Estatuto del Consumidor Financiero, se debía haber cumplido con el deber de información en atención a los principios de buena fe y confianza depositados por la actora a la AFP al momento de su afiliación.

Respecto del derecho pensional, indicó que desde el año 2017 la demandante cumplió con el requisito de edad previsto en previstos en el art. 33 de la Ley 100/93 para adquirir la pensión, no obstante, continuó efectuando aportes a pensión hasta el 01 de enero de 2018, momento en el que reportó su novedad de retiro al sistema general de pensiones, con lo que superó el requisito de semanas de cotizadas pues acredita 1.418,15 semanas conforme la historia laboral, tomó como fecha de causación del derecho la de la novedad de retiro ya indicada. Señaló que una vez Colfondos traslade la totalidad de las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, esta entidad deberá reconocer la pensión de vejez tomando el IBL que le resulte más favorable al comparar el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años antes del reconocimiento prestacional o todo el tiempo laborado debidamente indexados. Accedió al retroactivo deprecado el cual deberá calcularse desde la fecha de desafiliación del sistema, esto es, a partir del 01 de enero de 2018 y absolvió a Colpensiones de los intereses moratorios al no existir mora en el reconocimiento.

Recurso de Apelación

COLFONDOS: Considera que no es dable la devolución de los gastos de administración, por cuanto el actuar de la AFP estuvo conforme a la Ley y está

facultada para deducir el porcentaje correspondiente como comisión de administración. Indicó que, si la finalidad es retrotraer las cosas al estado original, se entiende que los rendimientos que generó la cuenta de la demandante no se causaron, pues lo de contrario se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la actora.

COLPENSIONES, Indicó que el traslado de régimen pensional fue válido, ya que no se probó la existencia de vicios del consentimiento previstos en el art. 1508 del Código Civil para que declarará la nulidad del traslado. Consideró que la decisión de recibir a la actora nuevamente en el régimen de prima media, atentaría contra el principio de la sostenibilidad y estabilidad financiera.

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

Parte demandante; Sostuvo que al momento de suscribir el formulario de afiliación al RAIS los asesores del fondo privado no le brindaron la suficiente y oportuna información sobre las desventajas de dicho régimen, solo se limitaron a brindar la información favorable a los intereses de COLFONDOS, razón por la que solicitó se confirme íntegramente la decisión de primera instancia.

Parte demandada;

COLFONDOS: Indicó que no existió ningún vicio del consentimiento al momento de la afiliación de la actora, que se cumplió con la carga establecida de suministrar información oportuna y suficiente, que no hay lugar a la devolución de sumas causadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional, en razón a que las mismas se originaron por disposición legal y son producto de la buena gestión de administración del fondo privado, por lo que solicitó la revocatoria de la decisión o en su defecto, la no condena a la devolución de gastos de administración y cuotas de seguro previsional.

COLPENSIONES: Afirmó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797/2003, lo que hace imposible su retorno al RPM, de igual modo, reiteró que no se probó de ninguna forma la ocurrencia de vicios del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, además su permanencia en el fondo privado durante muchos años, lo que indica que la actora si conocía las características relevantes del régimen privado. Sostuvo que se genera una descapitalización del sistema público de pensiones con este tipo de decisiones y condicionó el cumplimiento de la sentencia en caso de confirmación al traspaso de todas las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, teniendo en cuenta que el fallo fue adverso en lo que hace referencia a la pensión de vejez, el retroactivo y su indexación.

De igual manera, 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 aportes y rendimientos junto con los gastos de administración.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 47 a 54, contentiva del derecho de petición del 25 de septiembre de 2017, donde solicitó la nulidad de afiliación al RAIS y el reconocimiento de la pensión de vejez, 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 COLFONDOS S.A., al cual se trasladó el 30 de junio de 1999 (fl. 156). Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión COLFONDOS 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 retornar al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 30 de junio de 1999 (fl. 156), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994[1], norma

---

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

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

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

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

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

que para aquel momento reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por MARÍN AGUILAR, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario **no es suficiente** para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información **veraz** y **suficiente**, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas[2] 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 libre y voluntaria 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 COLFONDOS S.A.), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021[3], 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

---

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"*

aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989[4], para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como equivocadamente lo afirma la apoderada de Colpensiones.

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).

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración, impartida en contra de COLFONDOS, es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual la AFP deberá trasferir a COLPENSIONES todo concepto que recibió y/o descontó en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal, pues por el contrario no haberlo hecho legitima aún más tal condena, ya que se está obligando a esa entidad (COLPENSIONES) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna

---

[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"

contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos de la actora no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la actora.
Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

> *"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*
> *[…]*
> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Pensión de vejez.

Se precisa que la actora pretende el reconocimiento de su pensión de vejez, pese a que en el libelo introductor no indicó de manera particular la normativa bajo la cual se debe estudiar dicha prestación, no obstante, lo cierto es que a lo largo del debate la Juez analizó y concedió la prestación bajo las previsiones del Art. 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el Art. 33 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone:

> *"**ARTÍCULO 9o.** El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:*
> ***Artículo 33**. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
> *1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*
> *A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a **cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer**, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
> *2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*
> *A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a **1.300 semanas en el año 2015.**"*

Teniendo en cuenta lo anterior, efectivamente la demandante acreditó los requisitos normativos ya citados, pues cumplió los 57 años de edad, el 11 de septiembre de 2016 conforme se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía que milita a folio 29 y para dicha fecha contaba con más de 1.300 semanas cotizadas en ambos regímenes, por lo que podía acceder a su prestación de vejez, sin embargo, continuó sus cotizaciones hasta el 01 de enero de 2018, data para la cual efectuó su último aporte al sistema general de pensiones y reportó su novedad de retiro tal como se advierte de la planilla de pago, razón por la cual solo hasta ese fecha causó su derecho al pago de la prestación.

Al respecto, cabe aclarar que si bien la demandante en la actualidad cuenta con más de 1.418,14 semanas cotizadas en su historia laboral consolidada (fls. 168 a 171), solo alcanzaría la densidad de semanas exigidas para acceder a la prestación de vejez en el RPM una vez sean transferidos los aportes realizados al RAIS, lo que conlleva a que no le asista obligación alguna a **COLPENSIONES** en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez hasta tanto **COLFONDOS S.A**. efectúe el traslado de los aportes, particular situación que también impide la liquidación de la mesada pensional. Por lo anterior, una vez **COLPENSIONES** reciba los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, deberá proceder con el estudio del reconocimiento del derecho pensional.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para **REVOCAR PARCIALMENTE** los numerales atinentes al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la sentencia apelada y consultada.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de COLFONDOS y COLPENSIONES. Fíjense la suma de 1 SMLMV ($908.526) como agencias en derecho a cargo de cada una de las recurrentes.

DECISIÓN

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

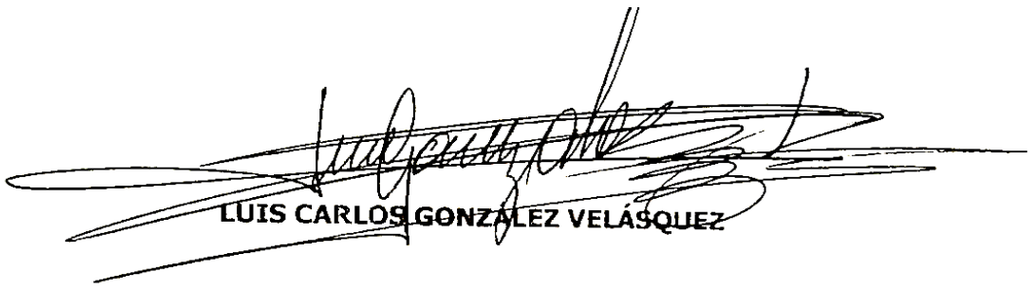
RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR los numerales **SEXTO** y **SÉPTIMO** de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de agosto de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** una vez reciba los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante proceda con el estudio del reconocimiento del derecho pensional.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de agosto de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

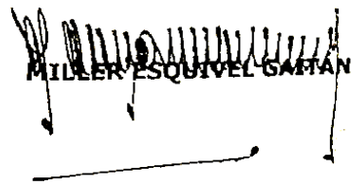
TERCERO. COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Fíjense la suma de 1 SMLMV ($908.526) como agencias en derecho a cargo de cada una de las recurrentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DILIA ESTHER DONADO LÓPEZ CONTRA GRUPO EMI S.A.S. Rad. 2019 00703 01 Juz 39.

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

DILIA ESTHER DONADO LÓPEZ demandó al GRUPO EMI S.A.S. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 7 a 9.

- Contrato de trabajo a término indefinido.
- Salarios por trabajo suplementario.
- Pago de los días de descanso compensatorio por cada domingo y festivo. laborado debidamente indexados.
- Reliquidación de prestaciones sociales y aportes a pensión.
- Indemnización por despido injusto.
- Sanción moratoria del art. 99 Ley 50 de 1990.
- Trabajo suplementario.
- Intereses moratorios.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 10 a 12. Se vinculó con la demandada mediante contrato a término fijo inferior a un año por el período comprendido entre el 19 de octubre de 2007 y el 12 de febrero de 2008, el cual se prorrogó y finalizó el 6 de octubre de 2017, su cargo fue médico general y sus funciones eran las de atención de consultas médicas a través de "ambulancia medicalizada" y en algunas oportunidades la atención sin ambulancia. Los turnos para la prestación de consultas médicas asignadas por la demandada superaban la

jornada ordinaria ya que laboraba los días sábados, pese a que ese día correspondía a su descanso, éstos no fueron disfrutados, ni tampoco le fueron cancelados los descansos compensatorios previstos en la Ley, por lo que fue víctima de *"fatiga laboral"* al no poder tomarse su tiempo de descanso los días sábados y domingos. Solicitó a su empleador el pago de los días de compensatorio causados, no obstante, el 30 de agosto de 2018, la empresa no accedió a su petición, por lo que pidió una certificación en la que se le indicará los días que presuntamente había sido otorgados los compensatorios, pero la pasiva se abstuvo de entregar tal documental.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó así:

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la vinculación laboral, extremos, cargo y finalización del contrato.
- Formuló como excepciones de mérito; pago, inexistencia de vicios del consentimiento que generen nulidad, prescripción, buena fe y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió a la demandada de todas las pretensiones. Llegó a esa determinación al advertir que, pese a que la demandante laboró de manera habitual los dominicales y festivos, la demandada cumplió con el pago del recargo respectivo tal como se acreditó en los comprobantes de nómina y además le concedió el día compensatorio previsto en el art. 181 del CST, según la asignación de turnos semanales de la actora aportados al proceso. Respecto al reconocimiento del día compensatorio pretendido, adujo que la promotora del proceso no cumplió con la carga de la prueba en los términos del art. 167 del CGP, como quiera que no acreditó en cuales días de descanso laboró, ni tampoco en los que se excedió la jornada laboral ordinaria, siendo necesario para el estudio de tal pretensión conforme lo señalado en la sentencia SL 4813/2020 de la CSJ. Concluyó que DONADO LÓPEZ, confesó en su interrogatorio de parte que, en los días de descanso, es decir los días sábados, laboró ocasionalmente, aspecto que consideró ratificado por el testigo, quien afirmó que los trabajadores que ejecutaban funciones en sus días compensatorios o de descanso, lo realizaban de forma voluntaria.

Recurso de apelación

La parte demandante manifestó que el A quo pasó por alto el contenido de los artículos 172 y 177 del CST, en los que se consagra el pago de los días compensatorios, además que se atentó contra lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 51/1983 la cual modificó el art 177 del CST, por cuanto la demandada estaba obligada a conceder los domingos y festivos el descanso a la trabajadora, máxime cuando se demostró la habitualidad de la labor ejecutada por ella. Señaló que se demostró que la demandante superó la jornada ordinaria laboral y pese a que la pasiva canceló las horas extras causadas, no existe certeza de que el pago haya sido completo, circunstancia que da paso a la reliquidación de los aportes al SGSS.

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

Parte demandante: Solicitó se revoque integralmente el fallo de primera instancia por cuanto laboró habitualmente los domingos y festivos sin poder disfrutar de su día de descanso compensatorio, situación que tampoco demostró la demandada que haya cumplido, por ende, y en virtud de que el contrato de trabajo ya fue finalizado, se debe realizar la Reliquidación correspondiente.

Parte demandada: Sostuvo que la actora conoció la forma de remuneración (pago por horas trabajadas) desde el inicio del contrato y nunca realizó reclamación alguna, además, indicó que la cláusula tercera del contrato en casos similares ha sido decretada como legal y al no probarse ningún vicio del consentimiento por parte de la accionada, goza de plena validez el acuerdo celebrado entre las partes, por lo que solicitó la confirmación de la decisión.

CONSIDERACIONES

Como quiera que el único punto de controversia radica en la absolución del A quo del pago de los días de descanso compensatorio, procede La Sala a determinar si estas fueron lo suficientemente individualizadas como lo ha expuesto la SL CSJ a fin de proceder con su reconocimiento y la consecuente reliquidación de los aportes al sistema general de seguridad social reclamados.

Del descanso compensatorio.

Al respecto, conforme al principio de la carga de la prueba previsto en el art. 167 del CGP y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tratándose de la reclamación del trabajo suplementario (horas extras, diurnas, nocturnas, dominicales y festivos) y reconocimiento de días compensatorios laborados y no pagados, corresponde al trabajador acreditar cual es el tiempo que laboró en sus días de descanso y que no le fue cancelado por su empleador, ya que no es dable al juzgador **efectuar conjeturas o suposiciones para su inferencia**. Posición que ha sido determinada por la SL CSJ y decantada en diferentes decisiones entre ellas la sentencia con radicado No 31637[1] del 15 de julio de 2008 M.P. ISAURA VARGAS DÍAZ, y en sentencia SL9318-2016, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, entre otras precisándose en la última: "*Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas…".* A su vez el parágrafo segundo del articulo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que el trabajo dominical es de forma habitual cuando el trabajador labora tres o más domingos durante el mes, pues tal como lo ha expresado la SL CSJ en sentencia 4813/2020, el reconocimiento del recargo del 75% previsto en el artículo ya citado y el descanso compensatorio señalado en el art. 181 de la misma obra, pretenden garantizar el descanso obligatorio que no solo busca proteger la salud de los trabajadores, si no también que éstos puedan recuperar las fuerzas y energía que requieran para continuar con la ejecución de las labores encomendadas, además de poder desarrollar otras actividades que contribuyan y complementen el desarrollo integral de la persona. Así una vez explicado en que consiste el descanso compensatorio, procede La Sala a estudiar el material probatorio recaudado.

Se cuenta con **el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada,** quien afirmó que los equipos que prestan servicio domiciliario están conformados por unidades móviles (vehículos tipo automóviles) que están integrados por un conductor y el médico, en las ambulancias básicas se cuenta con un conductor y un enfermero, las ambulancias medicalizadas también tienen un

[1] Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el **haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.**

conductor, enfermero y médico. Manifestó que en la empresa existen dos tipos de estructura de turnos; uno en los que se labora de lunes a domingo con un día descanso a la semana y de lunes a domingo con 2 días de descanso (sábado y domingo) cada quince días, los turnos se los notifica el área de estructura y a través del software *"one time web"* en el que pueden verificar la programación asignada, en la política de turnos de la compañía se manejan opciones que le permiten a los trabajadores modificar sus horarios de trabajo, ellos pueden informar el día que no laboran y depende de la necesidad del servicio la autoriza o no; la otra es opción es el **cambio** de turno o cesión, la cual consiste en canjear directamente entre los compañeros conforme a la disponibilidad de los profesionales. Explicó que los dominicales y festivos se pagan por día efectivamente trabajado y sobre el valor de la hora pactada en el contrato se paga adicional el 75% de recargo, cuando el profesional en salud presta atención médica en ambulancia es un único pago, pero el valor de la hora es superior al de cuando atiende pacientes en vehículo particular de EMI, pues en esta última modalidad se le cancela la consulta y el valor de la hora que se fijó en el contrato de trabajo junto con el respectivo recargo.

La **demandante en el interrogatorio de parte**, manifestó que la estructura de turnos era coordinada por un funcionario de la compañía quien asignaba los móviles (ambulancia o carro de EMI) para la prestación del servicio, tenía turnos de lunes a domingo fijos y también rotaba en la jornada de la mañana y tarde, le asignaron un **día de descanso que era los días sábados**, pero **ocasionalmente** los trabajaba, ella no tenía descansos. Manifestó que, en los desprendibles de nómina, relacionaban las horas trabajadas y las consultas atendidas durante el mes, además expresó que **la empresa no le pagó los recargos cuando laboraba los sábados de descanso**, podía cambiar el turno solo con autorización de EMI siempre y cuando fuese reemplazada por otro compañero. Indicó que desde el momento en que se vinculó a la empresa, se le informó sobre el valor de cada hora trabajada, **los sábados de descanso en los que laboró, la demandada le pagó las horas de trabajo.**

El testigo **JOSÉ RICARDO TIBATA AMAYA,** quien labora para demandada en el cargo de enfermero, conoce a DONADO LÓPEZ cuando ella trabajaba para EMI y él (testigo) era conductor de automóvil y ambulancia, los turnos que realizó con la demandante inicialmente fueron en "carrito" y posteriormente en ambulancia. Dijo que la accionante esporádicamente ejecutaba los turnos en vehículo, los turnos son de ocho horas los cuales se prolongaban por causas ajenas a los profesionales en especial, cuando deben movilizar al paciente hasta el área de urgencias de la clínica, en algunas oportunidades se realizaba doble turno por necesidad del

servicio. Indicó que en la semana todos los trabajadores tienen un día de descanso, **algunos laboran ese día, pero si el médico en su día de descanso no puede laborar éste no era obligatorio.** Expresó que la programación de turnos es realizada por una funcionaria de estructura y los trabajadores pueden consultarla a través de la plataforma, también señaló que luego de finalizar la jornada se dirigen a las instalaciones de la empresa para entregar el móvil y los elementos de trabajo. No recuerda cuantos turnos compartía con la demandante, ya que eso dependía de la asignación de los mismos, no le consta que la empresa le haya cancelado las horas extras o dominicales a la actora, ya que no tiene acceso a la información de nómina de ella, e indicó que es posible canjear los turnos con los demás compañeros.

De otra parte, la demandante para acreditar el descanso compensatorio no pagado, solo aportó los desprendibles de nómina de los siguientes periodos: octubre, noviembre, diciembre de 2014 (fls. 40 a 43), enero a diciembre de 2015 (fls. 44 a 57), enero a diciembre de 2016 (fls. 58 a 72), enero a octubre de 2017 (fls. 59 a 82) en los que se resaltan y detallan los siguientes conceptos: **HORA ORD. DIU.MED.AVA** que conforme a lo explicado por el representante legal en el interrogatorio de parte, corresponde al pago de las horas médico laboradas en ambulancia, las cuales pueden ser diurnas, nocturnas, festivas diurnas o nocturnas y en las que ya se encuentra incluido el recargo correspondiente, **SERVICIO MEDXEVENTO**, que hace referencia a la cantidad de consultas atendidas por la actora en el vehículo de EMI, servicio que también podía ser prestado de manera diurna, nocturna, festivo diurna o nocturna, soportes que también fue allegado por la pasiva y que militan en la subcarpeta 07 denominada *"MemorialSubsanacionContestacionGrupoEMI20201207"* del expediente digital.

También se cuenta con los horarios de turnos de las siguientes fechas: 14 diciembre de 2009, 09 de febrero de 2011, 19 de septiembre y 06 de diciembre de 2012 y 28 de febrero de 2013, los que se ubican en la subcarpeta 06 *"documentos relación laboral demandante"* allegados por la demandada, y que relacionan los turnos programados de lunes a domingo en horarios desde las 21:00 a 6:00 am, 22:00 a 6:00 am, los sábados registra la sigla "**DES"** que corresponde al día de descanso o compensatorio o en algunos horarios no se registró información en el día sábado, por lo que conforme a lo indicado por el representante legal de la pasiva, la trabajadora **no laboraba ese día** y se relacionó el número del móvil o vehículo en donde debían ejecutar las labores médicas, respuesta a proceso disciplinario de fecha 17 de junio de 2009 (fl. 178 de la subcarpeta *"documentos relación laboral demandante"*) por tardar 30 minutos en llegar a atender el servicio, en la que se le impuso como sanción dos días de suspensión contados a

partir del 18 de junio retornando labores el domingo 21 de junio de 2009, y en la que se lee: ***(no incluimos el sábado, pues ese día es el de su descanso),*** audiencia de descargos del 15 de junio de 2012 (fls. 180 y 181 de la misma subcarpeta), diligencia en la que la demandante afirmó que tenía cuatro turnos asignados a la semana y que el 05 de junio de ese año cuando se quedó dormida durante su turno, *"venia descansada y el domingo no venía trasnochada"* y audiencia de descargos del 06 de septiembre de la misma anualidad, en donde DONADO LÓPEZ manifestó: "*Yo pienso si en caso hubo una mala actitud era porque estaba haciendo turnos de noche y* ***solicité cambiar los turnos para llegar más descansada al trabajo****…eso fue un detonante para cambiar los turnos y ya me los cambiaron".*

Conforme lo anterior, y para resolver la controversia es de precisar que la demandante en ninguno de los 20 hechos de la demanda siquiera individualiza cuando trabajó en sus días de descanso y por cuantas horas en cuales días lo hizo, la única aproximación que hace son los cuadros correspondientes a los años 2014 a 2017 donde indica mensualmente cuantas horas festivas diurnas, nocturnas y horas extras laboró, no obstante esta contabilidad genérica y abstracta del tiempo laborado no cuenta con la fuerza suficiente para acreditar que la actora haya ejecutado labores conforme los términos decantados por la jurisprudencia y que aquí se reclaman, pues por el contrario del material probatorio ya relacionado, se colige que la demandada canceló los recargos correspondientes y que DONADO LÓPEZ si disfrutó del descanso compensatorio que persigue, pues en las mismas diligencias de descargos la trabajadora manifestó que "***se encontraba descansada",*** aunado a que las sanciones impuestas por el empleador ante las faltas de la trabajadora tuvieron en cuenta el día sábado como su día descanso. También, de los horarios de turnos ya relacionados se advierte que el día sábado se registró la sigla **"DES"** casilla en la que no se relacionó ningún tipo de horario, por lo que es evidente que el día compensatorio que trata el art. 181 del CST referido por la recurrente, al cual tiene derecho la demandante al estar su labor determinada como habitual, correspondía al día **sábado,** sin que la pasiva haya incumplido con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 179 *ibidem*, como quiera que de los comprobantes de nómina se evidencia que se le canceló tanto la "hora médico AVA" que como ya se dijo hacía referencia al pago de la cantidad de horas laboradas en ambulancia, valor en las que se incluyó el recargo que trata el art. 179 correspondiente al 75% sobre el salario ordinario.

Ahora, si en gracia de discusión fuese dable dar plena validez a lo manifestado por DONADO LÓPEZ en el escrito de demanda, consistente en que el descanso compensatorio no fue programado ni disfrutado (hecho 6.17), para La Sala resulta

contradictorio, como quiera que la misma accionante **confesó** que le asignaron como día de descanso el sábado y que esos días **ocasionalmente** trabajaba, aunado a que las horas que laboró en su descanso fueron pagadas por la pasiva, lo afirmado por la demandante fue desvirtuado por el testigo José Ricardo Tibatá Amaya (quien fue compañero de la actora) quien indicó que los médicos laboraban en sus días de descanso de **manera voluntaria** ya que ésta no era una obligación para ningún trabajador de la empresa.

De otra parte, resulta oportuno recordar que en la cláusula tercera del contrato de trabajo (fls. 29 y 30) se señaló: "***TERCERA:*** *Como remuneración por la labor desarrollada el EMPLEADO devengará la suma por hora laborada de DIEZ MIL TRESCIENTOS PESOS M/CTE ($10.300). El sueldo se liquidará mensualmente con base en el valor indicado.* ***Dentro del valor liquidado por concepto de sueldo está comprendido el pago de los descansos legales remunerados*** (Negrita fuera de texto), de lo que se colige que la accionante aceptó las condiciones salariales en las que se pactó el contrato de trabajo, sin que las mismas atenten contra los derechos mínimos de la trabajadora, pues si bien en los artículos 1 y 2 de la Ley 51 de 1983 la cual modificó el art. 177 del CST, citada por la apelante, se dispuso que todos los trabajadores tanto del sector público como del privado les asiste derecho al reconocimiento del descanso remunerado en las fechas allí referidas, esto depende de la necesidad del servicio y del tipo de vinculación que los trabajadores ostenten, ya que es bien sabido que el cargo ocupado por la demandante, esto es médico general, al encontrarse clasificado en las profesiones del sector salud, requiere de una atención de 24 horas - siete días a la semana, como bien lo manifestó el representante legal de la pasiva, por eso se pactó en la cláusula ya mencionada que la remuneración de los factores demandados se encontraba allí incluida (los días de descanso). En ese orden, colige La Sala que le asiste razón a la juez al indicar que DONADO LÓPEZ no cumplió con la carga probatoria en los términos del art. 167 del CGP, ya que no demostró que haya laborado en sus días de descanso. En consecuencia, ante la falta de claridad sobre el número de horas y el número de días que aduce la demandante que laboró y ante la falta de comprobación sobre éste tópico, la solicitud de la recurrente se torna improcedente, y como no prospera la pretensión principal (pago de los descansos compensatorios) las demás peticiones que dependían de ella (reliquidación de los aportes a seguridad social) tampoco están llamados a prosperar.

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

COSTAS: Las de primera se confirman, las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense 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 (39) Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 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 demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. ($500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CAMILO ANDRÉS RODRÍGUEZ ZAPATA contra CREPES & WAFFLES S.A. Rad. 2019 – 00361 01 Juz. 35.

En Bogotá D.C., a los nueve (9) días del mes de diciembre 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

CAMILO ANDRÉS RODRÍGUEZ ZAPATA demandó a **CREPES & WAFFLES S.A.**, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en folios 4 a 6 del escrito de subsanación de la demanda.

- Contrato de trabajo desde el 19 de abril de 2010 al 25 de septiembre de 2017.
- Indemnización moratoria Art 65 del CST.
- Reintegro.
- Pago de aportes a seguridad social y prestaciones sociales.
- Indemnización moratoria Art. 99 de la ley 50 de 1990.
- Salarios.
- Indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 a 4 de la subsanación de la demanda. Se vinculó con la llamada a juicio el 19 de abril de 2010 en el cargo de asistente de nómina, posteriormente desarrolló el cargo de coordinador gestión de información y proyectos RRHH, en su examen médico de ingreso no se registró ninguna anomalía. En enero de 2016, empezó a presentar complicaciones de movilidad a nivel de pierna derecha y espalda, en julio y agosto de ese año laboro desde casa en virtud de las incapacidades expedidas, el 22 de agosto de 2016, se le diagnosticó una hernia discal L5-S1 lo que le generó un bloqueo epidural, el 13 de

septiembre de 2016 tuvo una intervención médica, posteriormente le fue expedida una incapacidad por 8 días, para el 13 de diciembre de 2016 inició tratamiento terapéutico acompañado de analgésicos, en esa misma fecha se le diagnosticó daño endocrino (hipotiroidismo) afección de la cual la empresa estaba enterada y que desarrolló por los medicamentos suministrados para el dolor. En febrero de 2017 se advirtió de la necesidad de ser intervenido quirúrgicamente por la especialidad de neurocirugía por lo que el 5 de julio se llevó a cabo la misma y se otorgó una incapacidad de 20 días. Fue despedido el 16 de junio de 2017 sin justa causa y sin mediar autorización por parte del Ministerio de Trabajo, su condición de discapacidad lo hace beneficiario de la garantía de estabilidad laboral reforzada. Después de la primera cirugía fue trasladado en la empresa al primer piso para evitar el uso de las escaleras, se le asignó una silla ergonómica, en su examen de egreso se registró los antecedentes de la cirugía. En la actualidad está desempleado, es padre de 3 hijos, ha continuado con su tratamiento (terapias y medicamentos para el control del dolor). En enero de 2018 en una nueva valoración se precisó que tenía que ser operado nuevamente (por bloqueo transforaminal de L5 y S1). Siempre comunicó a su empleador de su estado de salud. Acudió a la acción de tutela para el amparo de sus derechos fundamentales los que fueron garantizados por el juzgado cuarto laboral, no obstante, al resolverse la impugnación la sentencia del A quo fue revocada.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en los términos del escrito visible a folios 203 a 232 (contestación) y 290 y 291 (subsanación).

- Se opuso a la prosperidad de la mayoría de pretensiones, salvo a la declaratoria de la relación laboral y el salario percibido.
- En cuanto a los hechos aceptó lo concerniente a la fecha de inicio de la vinculación, los cargos desempeñados, el examen médico de ingreso, el despido sin justa causa, el examen médico de retiro, lo relacionado al no conocimiento de los problemas de salud del actor y la sentencia de 1ra instancia de la acción de tutela.
- No formuló excepciones.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia de fondo mediante la cual absolvió a Crepes & Waffles S.A., de todas y cada una de las pretensiones. Llegó a esa determinación luego de verificar que el demandante no acreditó que su despido obedeciera a su estado de salud para así activar la garantía de estabilidad laboral reforzada pretendida, dijo que si bien para ese momento se encontraba con afecciones lumbares y terapias físicas, ellas no interfirieron en la decisión del empleador, para el momento del finiquito laboral el actor no estaba con ninguna incapacidad, sus afecciones de salud no eran sustanciales para la labor, ni tenía calificada su pérdida de capacidad laboral; además su empleador no conocía del nivel de sus dolencias al punto que las terapias físicas el demandante las realizaba fuera del horario de oficina, y si bien se presentaron permisos para ir a citas médicas ello no equivale a que la demandada conociera con exactitud su estado de salud.

Recurso de apelación

El demandante alega que el A quo desconoció las pruebas aportadas al proceso, en especial las de la demandada, tal como las documentales que hacen parte de la historia clínica de RODRÍGUEZ ZAPATA, a las que ni siquiera él tenía acceso, con lo que se acredita que CREPES conocía del estado de salud del actor. Refuto el desconocimiento de lo manifestado por la testigo María Isabel Rodríguez Donado, encargada del área de seguridad y salud en el trabajo, ella dijo que existieron cirugías, enfermedades e incapacidades que no fueron informadas a la ARL para una valoración por salud ocupacional. Considera que no se está dando aplicación a lo enseñado por la jurisprudencia en la materia, en especial donde la Corte precisa que cualquier dolencia o incapacidad del trabajador significa una situación de estabilidad reforzada, la que deberá valorarse antes de despedirlo, precisa que aquí se debió pedir el permiso correspondiente. Insiste en que se valoren en conjunto todas las pruebas, en las que se demuestra que las cirugías e incapacidades existieron, el actor estaba en una condición de debilidad manifiesta por lo que en reiteradas oportunidades tuvo que trabajar desde casa. Aseveró que la demandada faltó al deber de lealtad procesal por allegar documentos que gozan de reserva legal y a la vez desconocer los mismos en su interrogatorio de parte, porque siempre indicó que no conocía el estado de salud del demandante, pero aporta documentos relacionados con la historia médica.

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

En esta oportunidad cada una de las partes reitero los argumentos expuestos en la instancia con los que reafirmaron sus pretensiones.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a establecer si el actor es beneficiario de la garantía de estabilidad laboral reforzada, pues de ello dependerá la prosperidad de las demás pretensiones de la demanda.

Estabilidad laboral reforzada

Frente a la estabilidad laboral reforzada y aplicación de la Ley 361 de 1997, se debe indicar que la jurisprudencia laboral ha considerado que la prohibición de despedir o dar por terminado el contrato se traduce en una garantía especial que procede exclusivamente para las personas que presenten una "*minusvalía"* o *"limitación"*, superior a la moderada inclusive, con sujeción al artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, más no para las que padezcan cualquier tipo de limitación, ni menos aún para quienes se hallen en una incapacidad temporal por afecciones de salud (sentencias de 27 ene. 2010 rad. 37514, de 30 ene. 2013 rad. 41867, SL14134, SL12110 y SL13657 de 2015 rads. 53083, 48484 y 56316, entre muchas otras más). Sin embargo, no se puede perder de vista, por una parte, que el mencionado artículo 7° del Decreto 2463 actualmente no se encuentra vigente, en virtud de la expedición del Decreto 1352 de 2013 y por lo mismo no podría hablarse de limitaciones en los grados allí previstos, por lo que en aquellos eventos en los que se encontraba vigente tal precepto, la Sala ha optado por aplicar el criterio de la jurisprudencia constitucional, según el cual esta protección especial procede para todos aquellos sujetos que presenten alguna afectación en su estado de salud, pero siempre y cuando aquel les impida, de alguna manera, ejercer una actividad laboral en condiciones normales, es decir, sobre todos aquellos que presentan un grado de discapacidad, aunque no los coloque en situación de invalidez, o con una pérdida de capacidad laboral en los grados anteriormente referidos, sino en un estado de debilidad manifiesta dada la afección física, sensorial o psíquica (CC, sentencias T-

307 de 2010, T-516 de 2011, T-302 de 2013, y T-420 de 2015), interpretación que también ha sido asumida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual se puede consultar la sentencia SL11411-2017, Radicación 67595 del 2 de agosto de 2017 con ponencia Dr. Rigoberto Echeverri Bueno[1].

Al proceso se aportaron los siguientes documentales; certificación laboral (fl 18) en la que consta que el actor laboró para la demandada desde el 19 de abril de 2010 al 18 de junio de 2017, cuyo cargo fue el de coordinador de gestión, información y proyectos, y las funciones consistieron en: control códigos aloha, control y medición de los KPI de las áreas de desarrollo humano, análisis de indicadores de gestión punto de venta (seguimiento y control), revisión de gasto de personal por punto de venta/personal (realización quincenal) revisión contable del gasto de desarrollo humano, revisión y estructuración de cargos, realización de análisis de mercadeo, y elaboración y seguimiento de informe de junta directiva RH. Valoración médica (fls 19 y 20) del 10 de marzo de 2010, radiografía de columna lumbosacra del 30 de enero de 2016[2], consulta médica para los meses de enero, febrero (fl 22, 23, 24, 25) motivo *"lumbalgia M545 – lumbago no especificado"*, atención de urgencias (del 05 de marzo de 2016 – fl 26) por dolor en miembro inferior derecho, consulta médica por el mismo motivo del 15 de agosto de 2016, incapacidades expedidas el 15 de agosto de 2016 (por 3 días), 18 de agosto de 2016 (por 5 días, fls 27 a 40). Epicrisis del 13 de septiembre de 2016, en la que se programó cirugía al actor, esta documental cuenta con sello de recibido de la demandada por parte de la oficina de recursos humanos (fls 41), carta de terminación unilateral del contrato – despido sin justa causa del 16 de junio de 2017 junto con certificación laboral solicitada por el

---

[1] "*la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad. (Sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 41845)*
(…)
Así las cosas, no le asiste razón a la censura al sostener que para que el demandante pudiera ser objeto de especial protección a la estabilidad laboral, debía contar con un carné o certificación que lo identificara como minusválido o disminuido, pues tales documentos no tenían un carácter constitutivo de esa condición.

Igual situación se predica del dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, pues, de acuerdo con lo adoctrinado por esta sala, ese documento no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el juez del trabajo tiene libertad probatoria. (Sentencia CSJ SL10538-2016)"

[2]
RADIOGRAFIA DE COLUMNA LUMBOSACRA

La altura, alineación y mineralización de los cuerpos vertebrales son normales.
Curva escoliótica de vértice derecho.
La amplitud de los discos intervertebrales es adecuada.
Pedículos, apófisis espinosas, apófisis transversas y agujero neural sin alteraciones.
Tejidos blandos sin alteraciones.
OPINIÓN:
ESCOLIOSIS

actor (Fls. 124 y 125 archivo 1 Exp. Digital), historia clínica en la que se evidencia los procedimientos quirúrgicos a los que fue sometido el demandante, los dictámenes médicos y las incapacidades generadas (Fls. 21 a 80 – 82 a 109 archivo 1 Exp. Digital). Acta de recibo de documentos (orden de Compensar para valoración en clínica del dolor del 13 de octubre de 2017 y solicitud de valoración por salud ocupacional del 13 de septiembre de 2017) emitida por la demandada del 18 de septiembre de 2017 (Fl. 81 y 129 archivo 1 Exp. Digital), capturas de pantalla de las conversaciones vía mensajería instantánea (WhatsApp) donde el actor afirma haberle indicado a su jefe inmediato de sus dolencias (Fls. 113 a 123 archivo 1 Exp. Digital) y factura de venta junto a certificación emitida por Floristería Hanaya en la que la empresa envía a su nombre arreglos florales con mensajes de condolencias a trabajadores enfermos o que perdieron a un ser querido (Fls. 110 y 111 archivo 1 Exp. Digital), acta de cumplimiento de sentencia de tutela en la que se dispuso el reintegro del trabajador (Fls. 126 y 127), acuerdo de disfrute de vacaciones suscrito entre las partes (Fl. 128 archivo 1 Exp. Digital), carta del 20 de septiembre de 2017 donde se notifica al actor el cese temporal del contrato conforme lo dispone el Art. 140 del C.S.T. (Fl. 130 archivo 1 Exp. Digital).

La demandada allegó examen médico periódico correspondiente al año 2016 (Fl. 263 y 294 archivo 1 Exp. Digital), concepto médico de salud ocupacional del 5 de julio de 2017 (Fl. 293 archivo 1 Exp. Digital), examen médico de retiro del 20 de julio de 2017 (Fl. 264 archivo 1 Exp. Digital), liquidación definitiva de prestaciones sociales (Fl. 265 archivo 1 Exp. Digital), comprobantes de nómina de los años 2016 y 2017 (Fls. 266, 267 y 316 a 351 archivo 1 Exp. Digital), fallo de tutela de segunda instancia proferido por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá en el que se revoca la orden de reintegro del trabajador (Fls. 268 a 275 archivo 1 Exp. Digital), registro fotográfico con el que se pretende demostrar el buen estado de salud del demandante (Fls. 278 a 280 archivo 1 Exp. Digital - 2 videos grabados el lunes 18 de septiembre de 2017 - archivos 2 y 3 Exp. Digital), certificación laboral del 15 de enero de 2016 en la que se notifica un ascenso (Fl. 276 archivo 1 Exp. Digital). Certificación del 21 de agosto de 2019 expedida por la Dra. María Isabel Rodríguez quien infirma que el actor al momento de la culminación del contrato no contaba con enfermedad laboral (Fl. 277 archivo 1 Exp. Digital), incapacidad médica No. 1388057 del 30 de agosto de 2017, remisión al área de salud ocupacional por parte de EPS Compensar (Fls. 281 y 282), incapacidades y soportes médicos allegados por el actor (Fls. 295 a 308 archivo 1 Exp. Digital), correos donde le informan a la demandada resultados de inspecciones a puestos de trabajo y entrega de elementos de trabajo (Fls. 309 a 312 archivo 1

Exp. Digital), notificación dirigida al actor del 22 de enero de 2019 sobre la calificación del origen de pérdida de capacidad laboral por parte de la ARL Seguros Bolívar (Fl. 313 archivo 1 Exp. Digital), carta del 12 de diciembre de 2019 emitida por la Dra. María Isabel Rodríguez en la que relaciona las patologías sufridas por el demandante y las actuaciones desplegadas por esa profesional (Fls. 314 y 315 archivo 1 Exp. Digital).

El representante legal de la demandada **en su interrogatorio de parte,** explicó el trámite a seguir cuando se presentan situaciones de salud con los trabajadores, en caso de permisos éstos se informan al jefe directo, cuando se expiden recomendaciones médicas las mismas se cumplen. El actor sí contó con algunas incapacidades anteriores a la terminación del contrato, y como la compañía cuenta aproximadamente con 3.500 trabajadores ellos tienen un área médica con una profesional de la salud en la materia, que se ocupa de verificar a la finalización de los contratos de trabajo la situación de salud de cada empleado, en ese momento siempre se hace la verificación interdisciplinaria para constatar que no hayan recomendaciones, procesos de calificación de PCL, antecedentes clínicos o algún tipo de situación que hagan al trabajador merecedor de una estabilidad laboral reforzada. Adujo que en el caso del actor dicho proceso también se efectuó, las incapacidades que él pudo presentar fueron para el año 2016 y su contrato feneció en junio de 2017, sin que para esa fecha se advirtiera un cuadro médico reciente, además en el asunto nunca hubo un proceso de calificación de PCL, no hubo reporte a la ARL ya que las posibles patologías no eran derivadas de la relación de trabajo, aportó las pruebas a las que ha tenido acceso en virtud de la acción de tutela que el demandante interpuso contra la compañía, aclara y reitera que las incapacidades que conoce la empresa son un año antes a la terminación del vínculo, es más al día de hoy el actor aún no cuenta con una calificación de pérdida de capacidad laboral. Considera que la situación del demandante no requería de autorización del Ministerio de Trabajo ni mucho menos constituye la garantía invocada en el proceso. Precisa que no hay reporte a ARL de contingencia alguna porque ella no ha ocurrido, como empresa y en cumplimiento del sistema de seguridad social, vigila que la ARL se encargue de hacer los procesos de valoración de los puestos de trabajo, para los años 2015 y 2016 el demandante verbalmente informó a la médica de la compañía de su radiculopatía por lo que para manejo e higiene postural se cambió su silla de trabajo.

El **demandante expuso en su interrogatorio de parte** que su contrato finalizó el 17 de junio de 2017 sin justa causa y le fue pagada la correspondiente

indemnización, para ese momento no tenía calificada su PCL pese a que la empresa conocía de sus patologías, la demandada no tramitó ante la ARL su situación laboral pese a que él venía presentado afecciones en la columna, dijo que su contrato fue terminado 15 días antes de ser intervenido quirúrgicamente en su columna. Se desempeñó en el área de talento humano, como coordinador gestión de información y proyectos de recursos humanos.

La **testigo GILMA ZAPATA PEÑA** (progenitora del actor) le constan las dolencias de RODRÍGUEZ ZAPATA en su espalda, cintura y perna derecha, las que viene presentando desde el 2014, por problemas en la columna inició tratamiento con medicamentos, fue necesario hacerle (hasta la fecha) 5 cirugías. Antes de la primera intervención el demandante por sus intensos dolores tuvo que trabajar desde casa, en esa oportunidad los padres fueron hasta la empresa a recoger el computador y una maleta donde tenía el trabajo que debía adelantar. El actor presentaba intensos dolores, en muchas ocasiones se quedaba hasta tarde en la empresa haciendo las nóminas, en otras oportunidades salió del país a realizar proyectos e implementar programas.

El **testigo GUILLERMO ALONSO RODRÍGUEZ ZAPATA** (hermano del demandante y extrabajador del área operativa de la demandada, donde estuvo 5 años). Indicó que los permisos para citas médicas, asuntos personales o incapacidades se tramitaban con el jefe inmediato del área. Conoce de las dolencias de su hermano, en tres oportunidades le tramitó las incapacidades. Él (testigo) sufrió un accidente de trabajo y éste fue debidamente reportado.

La testigo YOLANDA BEJARANO (jefe de relaciones laborales desde 1988 en la demandada). Expuso que el actor laboró para la empresa desde los años 2010 hasta el 2017, en el cargo de coordinador en la dirección de desarrollo humano (ellos fueron compañeros), no tiene presente como terminó el contrato de trabajo, siempre hay una justificación para terminar los contratos, no sabía que el actor cojeaba, ni que tenía problemas de espalda. El demandante no fue mal trabajador. El cambio de silla de trabajo del actor fue un tema que adelantó el área de salud ocupacional, las incapacidades se reciben directamente de nómina, no recuerda haberle hecho descargos al actor, dijo que los trabajadores se pueden faltar, pero no siempre necesariamente se sabe el motivo de la ausencia. El área de salud ocupacional cada año se encarga de todos los relacionado con los puestos de trabajo.

Finalmente la **testigo MARÍA ISABEL RODRÍGUEZ** (médica y directora del departamento de seguridad y salud del trabajo en la empresa demandada, desde el 01 de marzo de 2005) dijo que conoció al actor en la empresa, ellos interactuaban en la misma área, ella es quien recibe los reportes médicos de los trabajadores, dijo que el demandante presentó un reporte verbal (2015) por molestias en la región lumbar, por lo que se procedió ante tal riesgo ergonómico a ajustar las condiciones del puesto de trabajo conforme las necesidades del trabajador (en ese momento se le compro una silla con descansa brazos), cada trabajador se remite a su médico tratante y les debe informar a la empresa para hacer los seguimientos del caso. Conforme la carga ergonómica se consultó a la fisioterapeuta y se verificó lo pertinente. No recuerda de permisos del actor para asistir al médico, pero de ser así ello se tramita con el jefe inmediato, nunca recibió recomendaciones médicas. Nunca ocurrió un accidente de trabajo ni se hizo reporte de enfermedad laboral, por ello no hubo registró ante ARL, el cargo del actor era administrativo. A sus manos llegó una carta indicando que la patología del demandante era de origen común (pero ella no adelantó trámite alguno), su objetivo y lema es preservar el estado de salud de los trabajadores, no sabe si el demandante hizo trabajo en casa. A la terminación del contrato el actor no tenía ninguna condición de discapacidad no estaba incapacitado, siempre revisa las condiciones médicas de los trabajadores cuando se va a dar por terminado un contrato de trabajo, nunca se le reportó de la necesidad de hacer una cirugía al actor, ellos no cuentan con teletrabajo (menos para la época de los hechos). En cuanto a los accidentes de trabajo, explicó que éste se reporta al jefe inmediato y al departamento de salud, luego se comunican con la ARL (Bolívar) para iniciar el plan de trabajo conforme las instrucciones de ARL. La testigo se refirió a los documentos de los folios 314 y 293 y precisa que los dos cuentan con fecha de expedición posterior a la desvinculación, pero insiste en que para la fecha de terminación del contrato de trabajo, él no contaba con restricciones médicas o reporte de médico tratante, aclaró que no es su competencia implementar recomendaciones médicas que no hayan sido emitidos por los médicos tratantes, no contó con reporte de cirugía, no recuerda incapacidades para el año 2017.

Conforme lo anterior, luego de verificar el material probatorio obrante en el plenario, y tomando como punto de partida lo enseñado por la SL CSJ, La Sala precisa que en el asunto no se cumplen con los presupuestos para declarar que el actor es beneficiario de la garantía de la estabilidad laboral reforzada que pregona, la cual para su prosperidad no solo basta con que exista un quebranto en la salud del trabajador, éste cuente con alguna incapacidad médica próxima a la fecha del

finiquito contractual o que se encuentre inmerso en algún tratamiento médico, como quiera que la aplicación de tal garantía lo que pregona es la protección del trabajador que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo conocido por su empleador y que la limitación sea de tal magnitud que su labor o el ejercicio de las actividades se vea comprometido por su situación médica. En este punto, es de recordar e insistir en que la estabilidad laboral reforzada, no es una figura que se utiliza indistintamente cuando el estado de salud de un trabajador se altera y que por ello su aplicación resulte automática, pues se itera la patología debe ser grave y además influir en el ejercicio de las labores contratadas, ya que no es dable aseverar que todas las personas que padecen una enfermedad o limitación están imposibilitadas para trabajar, aceptar tal criterio sería tanto como cercenar a este grupo poblacional de la posibilidad de que ejerzan plenamente sus derechos, los que a la par con las deficiencias *(físicas, mentales, intelectuales o sensoriales*) pueden progresar y evolucionar positivamente.

En el asunto no se discute que el demandante durante la vinculación laboral desarrolló una patología en su columna, sin embargo ésta no es de tal trascendencia que le haya impedido al demandante ejercer las funciones[3] asignadas como coordinador de gestión, información y proyectos, por eso no se puede colegir que la decisión del finiquito laboral obedeció a un acto discriminatorio por parte de la pasiva, por el contrario, quedó ampliamente acreditado que CREPES & WAFFLES S.A., se ocupó de atender el riesgo ergonómico que informó el demandante, pues tan pronto él dio aviso de sus molestias lumbares le fue asignada una silla ergonómica por parte del área de salud ocupacional, de otra parte tampoco se advierte que las dolencias que presentó Rodríguez Zapata por la lumbalgia que padece, lo hayan limitado tanto en el ejercicio de su profesión como del cargo asignado, es más en el asunto se observa que el desarrollo de su enfermedad no afectó su continuidad en el empleo, ni la promoción profesional, ya que es el mismo demandante quien narra que se vinculó laboralmente desde el 19 de abril de 2010 en el cargo de asistente de nómina, y que luego fue promovido al cargo de coordinador gestión de información y proyectos RRHH, por lo que tampoco se puede afirmar que los padecimientos confinaron e incidieron en sus labores, y que este haya sido la causa del finiquito laboral.

[3] las funciones consistieron en: control códigos aloha, control y medición de los KPI de las áreas de desarrollo humano, análisis de indicadores de gestión punto de venta (seguimiento y control), revisión de gasto de personal por punto de venta/personal (realización quincenal) revisión contable del gasto de desarrollo humano, revisión y estructuración de cargos, realización de análisis de mercadeo, y elaboración y seguimiento de informe de junta directiva RH.

Suficientes resultan estas consideraciones para **confirmar** la sentencia apelada.

COSTAS. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad ($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 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 11 de agosto de 2020, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad ($908.526) 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 AURA NELLY AGUILAR PIRATOBA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. Rad. 2020 00010 02 Juz. 38.

En Bogotá D.C., a los nueve (09) días de diciembre 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

AURA NELLY AGUILAR PIRATOBA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 6 y 7.

- Nulidad 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 fls. 3 a 6. Presta servicios para la Secretaría de Salud de Cundinamarca, se afilió al ISS y se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR, donde no se le brindó información veraz, completa y suficiente sobre las consecuencias que acarrearía el cambio de régimen, tampoco le efectuaron una proyección pensional para que tomará la decisión más acertada. Se trasladó a la AFP COLFONDOS, quien es su actual administradora y se ha

opuesto en reiteradas oportunidades al retorno al ISS hoy COLPENSIONES. El 16 de julio de 2019, pidió a Colpensiones la afiliación al RPM, no obstante, la entidad guardó silencio.

Actuación Procesal

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

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

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación al ISS y la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público.

PORVENIR S.A. en los términos del escrito que reposa en el expediente virtual.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa para pedir e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLFONDOS S.A. en los términos del escrito que reposa en el expediente virtual.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó los hechos relacionados con la afiliación a esa AFP y la solicitud de nulidad de traslado.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del

consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones. Llegó a esa determinación al considerar que el traslado de régimen pensional de la demandante, efectuado el 16 de mayo de 1997 fue libre, pues con su permanencia en tal régimen manifestó su voluntad de afiliarse a Porvenir de manera tácita. Indicó que no se probó la existencia de vicios del consentimiento que conllevara a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, como quiera que no es suficiente el dicho de la demandante pues cuando se alega la falta de información por parte de la AFP deber ser demostrada por quien reclama la nulidad del traslado, en este caso AGUILAR PIRATOBA. Resaltó que el consentimiento fue informado y plasmado por la actora en el formulario de afiliación, documento que encontró ajustado a lo establecido por la Ley. Indicó que la promotora del proceso, confesó en su interrogatorio de parte que se le brindó la información suficiente sobre el funcionamiento del RAIS y que al momento del traslado pudo prever de las consecuencias que le acarrearía el mismo. Adujo que la demandante cuando se vinculó con Porvenir, no contaba con una expectativa legitima, tampoco un derecho consolidado para que fuese necesario efectuarle un cálculo pensional, aunado a que no es dable que el único interés de la accionante de retornar al RPM sea económico, pues como lo ha expresado la SL CSJ esto generaría una descapitalización al fondo común que administra Colpensiones. Frente a las excepciones propuestas, se relevó de su estudio dadas las resultas del proceso.

Recurso de Apelación

Solicita se revoque la decisión, como quiera que el A quo desconoció el precedente jurisprudencial de la SL CSJ y el literal b art. 13 de la Ley 100/93, pues no se debe demostrar la existencia de vicios del consentimiento para que se declare la nulidad del traslado. Indicó que son las administradoras quienes deben garantizar el cumplimiento del deber de información, por lo que no es dable imponerle a la

demandante la carga probatoria respecto a la insuficiencia de la información y asesoría de las demandadas. Indicó que el Juez pasó por alto lo dicho por la demandante en su interrogatorio de parte, quien señaló que para el momento del cambio de régimen ni siquiera se le habló de los requisitos para acceder a una pensión de vejez en el RAIS, circunstancia que resulta suficiente para afirmar que no solo Porvenir faltó a sus obligaciones especiales si no también Colpensiones, dado que corresponde a las administradoras probar ese buen consejo y asesoría. Adujo que los traslados entre administradoras no ratifican la decisión de permanecer en el régimen de ahorro individual y más cuando el traslado no fue informado ni asesorado debidamente, consideró que tampoco es válido el argumento del juzgador de primera instancia, consistente en que la promotora del juicio al momento del traslado no era beneficiaria del régimen de transición, ni tampoco tenía una expectativa legítima, pues según lo citado por la SL CSJ en sentencia 4426/19, nada de ello tiene que ver con el deber de información que debe garantizar las AFP teniendo en cuenta que lo que se debate es un derecho pensional.

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

Parte demandante: Guardó silencio en la oportunidad correspondiente.

Parte demandada:

COLPENSIONES, adujo que no es procedente el retorno de la demandante al RPM, como quiera que se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado prevista en la Ley 797/2003, aunado a que en el proceso no se demostró la existencia de vicios del consentimiento para considerar que el traslado de régimen sea ineficaz, pues por el contrario AGUILAR PIRATOBA manifestó su voluntad de permanecer en el RAIS al no presentar ninguna inconformidad ante su administradora.

COLFONDOS, Guardó silencio en la oportunidad correspondiente.

PORVENIR, pide se confirme la decisión al considerar que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante se hizo de forma libre, voluntaria y consciente, tal como se plasmó en el formulario de vinculación. Manifestó que,

para el momento del cambio de régimen, no existía el deber de buen consejo o asesoría, ya que tales obligaciones surgieron de forma posterior a la fecha de vinculación a Porvenir. Concluyó, que no es suficiente para declarar la nulidad del traslado, la inconformidad de la actora sobre el valor de la mesada pensional, ya que este factor no es un elemento que vicie el 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 la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del formulario obrante a folio 27, de fecha 16 de julio de 2019, en la que solicita el traslado al RPM, con la 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 de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó el 16 de mayo de 1997 cuando se vinculó a PORVENIR (tal como se advierte de la contestación de la demanda) y la posterior afiliación el 14 de febrero de 2005 a COLFONDOS S.A., (conforme el formulario que reposa en el expediente digital) quien es su actual administradora.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión PORVENIR, no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus

consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al respecto, si bien la demandante el 16 de mayo de 1997, diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994[1], norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por AGUILAR PIRATOBA, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario **no es suficiente** para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas[2] y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra.

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, **se genera un traslado de la carga** de la prueba de la parte actora a la entidad demandada como lo afirma el recurrente (SL3034-2021[3], SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989[4], para lo cual **no es necesario demostrar** la existencia de algún vicio del consentimiento.

---

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

[4] *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.
Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por 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.

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR, ya que se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación y si bien ésta AFP al contestar la demanda manifestó que previo al traslado, le suministró a la demandante información verbal donde explica los beneficios del régimen, la cual, según se logró determinar con el interrogatorio de parte, pues por el contrario lo que es claro es que la actora al momento del traslado, ni siquiera conocía de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, además la entidad (Porvenir) no demostró ni aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró 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 actuariando 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 20 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneo por el hecho de que la demandante se hubiere traslado a otra administradora del RAIS (en este caso Colfondos), 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 desde siempre ha existido** (SL1452-2019), pues esa situación no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en el mismo.

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 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 cuenta con una expectativa legitima pues

---

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

así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *"Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".*

De conformidad con todo lo anterior, colige La Sala que AURA NELLY AGUILAR PIRATOBA 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 16 de mayo de 1997 a la AFP PORVENIR, 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 COLFONDOS 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 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).

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

COSTAS: Revóquense las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de las demandadas. Sin lugar a ellas esta instancia.

DECISIÓN

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

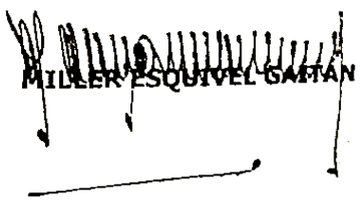
RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de julio de 2021, en cuanto absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado de **AURA NELLY AGUILAR PIRATOBA** al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el día 16 de mayo de 1997 con destino a la AFP PORVENIR 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 esta providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR a la entidad demandada **COLFONDOS S.A.** como actual administradora de la actora a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - 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, 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: Revóquense las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de las demandadas. Sin lugar a ellas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 SEGUNDO ALFONSO ARDILA SANCHÉZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. Rad 2020 00173 01 Juz 30.

En Bogotá D.C., a los nueve (30) días de diciembre 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

SEGUNDO ALFONSO ARDILA SANCHÉZ demandó a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda conforme el expediente digital remitido por el Juez.

- Nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes.
- Indexación.
- Perjuicios morales y materiales.
- Uso de las facultades ultra y extra petitia.
- Costas del proceso.

Los hechos se describen en el escrito de demanda. Nació el 3 de febrero de 1960. Se afilió al ISS el 22 de octubre de 1980 donde cotizó hasta el mes de octubre de 1999 un total de 984 y en el RAIS 741.43 semanas. En octubre de 1999, se trasladó a PROTECCIÓN S.A sin que en ese momento se le informara sobre las

implicaciones del traslado de régimen, no se le efectuó una proyección pensional para que pudiese tomar la decisión más conveniente ni se le dijo de la oportunidad para regresar al RPM, situación por la que solicitó a Colpensiones la nulidad de la afiliación a la AFP.

Actuación Procesal

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS, las semanas cotizadas en el RPM y la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y genérica.

PROTECCIÓN S.A. en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado a esa AFP y las semanas cotizadas al RAIS.
- 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 cual dispuso declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por ARDILA SANCHÉZ del ISS a PROTECCIÓN S.A. administrador del RAIS mediante el formulario No. 5192365 del 30 de agosto de 1999, con efectividad a partir del 1 de octubre del mismo año. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración durante la vinculación y hasta cuando se haga efectivo el traslado debidamente indexados, y a Colpensiones le ordenó recibirlos y actualizar la historia laboral. Llegó a tal determinación luego de establecer que PROTECCIÓN no probó que la información brindada al afiliado fuese completa, precisa y detallada, consideró no ser suficiente el formulario de afiliación ni el de re asesoría pues estos si bien acreditan un consentimiento, el mismo no es informado ni demuestra que el actor fuese conocedor de las consecuencias que le había acarreado el cambio de régimen. Resaltó que el deber de información siempre ha existido, por lo que el cumplimiento de ese deber debe garantizarse a todos los afiliados al SGSS sin distinción alguna. Concluyó que se configura la ineficacia ya que conforme a lo consagrado en el art. 13 de la Ley100/93 esta se estructuró al momento de no documentar de manera clara y suficiente las consecuencias que acarreó el traslado de régimen pensional de la parte actora. En cuanto a los comunicados de prensa, indicó que ellos no brindaron una información individualizada de la situación del demandante, circunstancia que sumada con la omisión al deber asesoría en cabeza de la AFP, conllevó a declaratoria de ineficacia del traslado. Frente a la excepción de prescripción, manifestó que al estar intrínsecamente ligada la ineficacia con el derecho pensional, esta debe cobijarse bajo la misma prerrogativa, por lo que es imprescriptible tal como lo ha expresado la SL de la CSJ.

Recurso de Apelación.

PROTECCIÓN S.A. manifestó que no es procedente la devolución de los gastos de administración y los valores por concepto de seguros previsionales dado que dichas sumas están expresamente autorizadas en el art. 20 de la Ley 100/93, y al ordenar el traslado de dichas comisiones se estaría desconociendo la gestión de la

administradora y se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, como quiera que tales valores o hacen parte integral de la pensión y ya se encuentran prescritos. Señaló que el Decreto 2555/2010 indicó que al declarar a nulidad del traslado solo se deben trasladar los aportes que reposen en la cuenta de ahorro individual del afiliado.

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

Parte demandante: Guardó silencio en la oportunidad.

Parte demandada:

COLPENSIONES; Manifestó que el traslado de régimen pensional efectuado por el actor fue libre y voluntario, pues no se probó la existencia de vicios del consentimiento para que se declarará la nulidad. Señaló que al ordenar el retorno del demandante al RPM se atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera que caracteriza al sistema.

PROTECCIÓN, Guardó silencio en la oportunidad.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa.

Fue agotada en legal forma el 25 de febrero de 2020 como se desprende del archivo denominado "anexos" contentivo en el expediente digital, en la que solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado de régimen pensional, con la cual se tiene

por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional.

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó el 30 de agosto de 1999 cuando suscribió el formulario de afiliación con PROTECCIÓN S.A. tal como se advierte del formulario que reposa en el archivo de la contestación de la demanda. Respecto a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega la nulidad del acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, circunstancias que se ve reflejada en la posible mesada pensional.

Devolución por concepto de gastos de administración.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de recordar 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 destinadas a la cobertura de seguros provisionales**, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así 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."

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez de ordenar a PROTECCIÓN devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, como Protección es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual del promotor del proceso, es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y seguros previsionales, 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, sin que tal decisión le genere un enriquecimiento injustificado a Colpensiones, pues como ya se dijo es dicha entidad quien debe asumir la administración de los aportes y estudiar el eventual reconocimiento pensional del demandante. En lo referente a la prescripción de los gastos de administración que alega Protección, se precisa que tales sumas no están afectadas por el fenómeno prescriptivo, como quiera que estas deducciones se efectúan con cargo a los aportes efectuados por el afiliado quien pretende a futuro el reconocimiento pensional, derecho que es imprescriptible tal como lo ha expresado la SL CSJ, por lo que tampoco es de recibo el argumento de la recurrente, consistente en que el Decreto 2555/2010 ante la declaratoria de ineficacia solo dispuso la devolución de los aportes y cotizaciones, para La Sala es preciso recordar que como ya se indicó la omisión a la falta al deber de información y asesoría en cabeza de la AFP trae como consecuencia dejar sin valor y efecto el traslado, por lo que las deducciones efectuadas a los aportes del afiliado, tales como la comisión de administración y seguros previsionales deben ser entregados a Colpensiones, como quiera que el acto de traslado nunca existió, tales sumas no se causaron y el actor retornó al Régimen de Prima Media.

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

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente ($908.526) para la entidad apelante como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de agosto de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente ($908.526) para la entidad apelante como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

MILLER ESQUIVEL GAITAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLAUDIA PATRICIA BUITRAGO ARBOLEDA CONTRA COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Rad. 2020 00178 01 Juz. 21.

En Bogotá D.C., a los nueve (09) días de diciembre 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 BUITRAGO ARBOLEDA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a **COLFONDOS ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la subsanación de la demanda.

- Ineficacia del traslado del RPM al RAIS.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Costas.
- Uso de facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen en la subsanación de la demanda que reposa en el expediente virtual. Nació el 12 de octubre de 1969, cotizó al ISS 137,57 para un total de 1143 entre el RPM y el RAIS. El 02 de noviembre de 1999, se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS, quien no le informó sobre las características del régimen, tampoco le fue suministrada información suficiente sobre las consecuencias que para su retiro pensional podría acarrear el traslado. El

25 de junio de 2020, solicitó a las demandadas la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido los traslados, las demandadas contestaron conforme se indica:

COLFONDOS S.A. contestó en los términos del escrito visible en el expediente virtual.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación a esa AFP y la solicitud de ineficacia.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación a Colfondos, prescripción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

COLPENSIONES; contestó en los términos del escrito visible en el expediente virtual.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la fecha de nacimiento, las semanas cotizadas al ISS y la reclamación administrativa.
- Propuso como excepciones de mérito; errónea e indebida aplicación del art. 1604 del C. Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

efectuado por la demandante al RAIS el 02 de noviembre de 1999, con fecha de efectividad a partir del 01 de enero de 2000, por intermedio de COLFONDOS S.A. Condenó a Colfondos a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de BUITRAGO ARBOLEDA, como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros descontados para la garantía de pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro provisional, los cuales debe asumir con cargo a sus propis recursos sin deducción alguna, a Colpensiones le ordenó reactivar la afiliación de la demandante al RPM y a actualizar su historia laboral. Llegó a esa determinación luego de valorar los pronunciamientos jurisprudenciales emanados de la SL CSJ referentes al deber de información al momento de un traslado de régimen pensional, concluyó que COLFONDOS no cumplió con el deber de información al momento de afiliar a la demandante, pues no se le indicaron las características del RAIS ni se le comunicó de las desventajas que le acarrearía el traslado de régimen. Señaló que el deber de información siempre ha existido, por ello Colfondos debió garantizar el cumplimiento del mismo no solo al momento del cambio de régimen si no durante toda la vinculación, de lo contrario el consentimiento de la afiliada plasmada en el formulario de afiliación no sería informado, máxime cuando la AFP no fue quien gestionó directamente la afiliación si no el empleador, por lo que ese argumento no puede ser óbice para omitir y faltar a sus obligaciones especiales como administradora de los aportes de la actora. Respecto a las excepciones propuestas, las declaró no probadas dadas las resultas del proceso.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES; manifestó que conforme al material probatorio se coligió que el traslado de régimen de la demandante fue libre, voluntario, sin presiones y de conformidad con el literal b del art. 13 de la Ley 100/1993. Respecto a la carga de la prueba adujo, que esta no debe ser trasladada a la AFP ni mucho menos a Colpensiones pues a la fecha es imposible demostrar cuales fueron los hechos que rodearon la decisión de cambio, además que para la fecha del traslado no era obligación documentar la asesoría brindada. Indicó que el deber de información solo se materializó con la Ley 1748/2014 y el Decreto 2071/2015, como quiera que los fondos privados solo debían contar con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, aunado a que al no ser la demandante beneficiaria del

régimen de transición no puede aplicarse de manera automática la jurisprudencia proferida por la SL CSJ ni declarar la ineficacia del traslado solo por la inconformidad en el monto de la mesada pensional. Pide que, en caso de confirmarse la decisión, se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución de todas las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual de la afiliada debidamente indexados y solicita no ser condenada en costas, al ser un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre BUITRAGO ARBOLEDA y COLFONDOS.

Alegatos ante este tribunal (Articulo 8 Decreto 806 de 2020).

Parte demandante: Guardó silencio en esta etapa.

Parte demandada;

COLPENSIONES: Manifestó que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante fue libre y voluntario, pues no se probó la existencia de vicios del consentimiento para que se declarara la nulidad. Señaló que al ordenar el retorno del actor al RPM se atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera que caracteriza al sistema.

COLFONDOS: Guardó silencio 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.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de los documentos que reposan en el escrito contentivo de la subsanación de la demanda, del 25 de junio de2020,

donde solicitó el traslado de régimen pensional. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional.

Frente al régimen pensional, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, cuando solicitó su vinculación el 02 de noviembre del año 1999 con COLFONDOS, tal como se advierte de la consulta SIAFP aportada por la AFP. En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión no se le ilustró sobre las desventajas que conllevaba el traslado al considerar que la información suministrada no suficiente ni oportuna, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el día 02 de noviembre del 1999 diligenció una solicitud de vinculación a COLFONDOS (consulta SIAF), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994[1] 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.

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)

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario **no es suficiente** para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre, voluntaria de la demandante, como lo afirma la recurrente. 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 suficient**e, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas[2] 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 libre, voluntaria y sin presiones si el fondo de pensiones (en este caso COLFONDOS) 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 el régimen de prima media, lo cual es verificable y efectivamente se traduce en un aspecto meramente económico, pues dependiendo de este tipo de circunstancias es que se va a estribar la correspondiente mesada; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora y no a BUITRAGO ARBOLEDA como lo señala la apoderada de Colpensiones, 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 (SL4811-2020[3], SL4373-2020, SL1688-2019[4]), a la cual le

---

[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.*

corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989[5], para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Ahora, respecto al deber de información que recae sobre las AFP, es de resaltar que la valoración del cumplimiento del mismo, corresponde al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber **siempre** ha existido (SL1452-2019) y no desde la entrada en vigencia de la Ley 1748/2014 ni mucho menos a partir del Decreto 2071/2015 como erróneamente lo afirma la apelante, pues como ya se recalcó el mismo **existe y nació desde la expedición de la Ley 100/93** que tal como lo aduce la recurrente, este debe está inmerso en la decisión de afiliarse libre y voluntariamente a cualquiera de los regímenes conforme lo previsto en el literal b del art. 13 de la citada Ley, tampoco es de recibo el argumento de Colpensiones consistente en que para el momento del cambio de régimen de la demandante, no era obligatorio documentar la asesoría brindada pues la misma se daba de forma verbal, como quiera que es la administradora quien debe brindar un panorama completo de las ventajas y desventajas de pertenecer al régimen que administra, pues de lo contrario el

---

[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"

consentimiento vertido en el formulario resulta no ser informado. 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 PATRICIA BUITRAGO 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 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 era o no beneficiaria del régimen de transición, y que no es viable ahora aplicar el precedente jurisprudencial de nuestro máximo órgano de cierre, pues se aclara que tal como 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".* (Subrayado fuera de texto)

Respecto a la indexación alegada por Colpensiones, es de recordar que este se garantiza con la orden de reintegrar **todas las sumas de dineros que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada** (SL2877-20205) 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 implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-2020 , SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989) a favor de COLPENSIONES, por lo que con la devolución de los rendimientos financieros ya se satisface la indexación pretendida, por lo que el retorno de la demandante al RPM solo se hará efectivo una vez Colfondos traslade todas las sumas aquí confirmadas y ordenadas por el A quo.

Finalmente, en la condena en costas, alegada por COLPENSIONES basta con acudir a lo dispuesto en el art. 365 del CGP numeral 1° para advertir que la condena en

costas se impone a la parte vencida en el proceso, sin que esta sea la oportunidad procesal pertinente para atacar y estudiar su cuantía.

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

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

DECISION

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

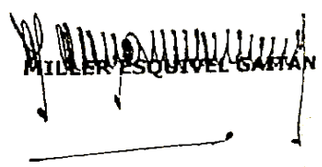
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de julio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo Colpensiones. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente ($908.526) 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 RICARDO QUIJANO HURTADO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Rad. 2019 00720 Juz 15.

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

RICARDO QUIJANO HURTADO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 6.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes.
- En caso de que ya se haya reconocido la pensión de vejez por parte Porvenir, se continúe con su pago hasta tanto no se trasladen los aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Ultra y Extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 5. Se vinculó con el Ministerio de Minas y Energía y realizó aportes a CAJANAL desde el 31 de enero de 1990 hasta el 29 de febrero de 2000, momento en el que se trasladó a PORENIR S.A., quien no le brindó información completa, veraz y adecuada sobre las características del RAIS, tampoco le realizó una proyección de pensión, no le indicó la posibilidad de retornar al RPM ni le informó sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado de

régimen. Indicó que, al efectuarse una simulación pensional, su mesada en caso de haber continuado cotizando en el RPM ascendería a la suma de $4.394.530, mientras que en la AFP sería de $1.766.880 generando una diferencia de $2.627.650, la cual afectaría su futuro prestacional. Solicitó a Colpensiones y a Porvenir la nulidad del traslado de régimen, quienes no accedieron a la petición.

Actuación Procesal

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó en los términos del escrito visible a fls. 254 a 261.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de los intereses moratorios y genérica.

PORVENIR S.A. contestó en los términos del escrito visible a fls. 284 a 321.

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

Sentencia de Primera Instancia.

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar ineficaz la afiliación o traslado efectuado por RICARDO QUIJANO HURTADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la administradora de fondos de pensiones PORVENIR. Ordenó a Porvenir a trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones, a esta a reactivar la afiliación y a recibir todos los recursos. Llegó a tal determinación luego

de establecer que PORVENIR no cumplió con la carga de la prueba en los términos del art. 167 del C.G.P, como quiera que no acreditó el cumplimiento al deber de información el cual señaló que siempre ha existido, dado que solo aportó el formulario de afiliación, el cual consideró no ser suficiente para que el traslado de régimen pensional hubiese sido libre y voluntario o en los términos del literal b del art. 13 de la Ley 100/93, aunado a que Porvenir no contestó la demanda conforme lo relacionado con el demandante, pues el escrito corresponde solo a un formato manejado por la entidad en los procesos de nulidad de traslado. Indicó que pese a que el actor nunca estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones de acuerdo a lo previsto en el art. 155 de la Ley 1151/2007 se autorizó a las Cajas de Previsión Social administrar los aportes en pensión, entidades que se encuentran dentro del RPM, por lo que consideró procedente ordenar su vinculación al régimen de prima media. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, por cuanto este fenómeno no opera en la declaratoria de ineficacia del traslado, por lo que los derechos que surgen de esta declaratoria corren su misma suerte, según expresado por la SL de la CSJ.

Recurso de Apelación.

La **AFP PORVENIR,** dijo que la jurisprudencia de la CSJ no debe aplicarse de manera automática pues debe analizarse cada caso concreto, ya que el actor no renunció a ningún derecho pensional al momento de trasladarse de régimen, dado que para esa fecha hasta ahora se implementaba el deber de información por lo que no debe trasladarse la carga de la prueba a la administradora. Considera que la suscripción del formulario de afiliación, acreditó el cumplimiento al deber de información en los términos de la Ley 100/93 y que el demandante al firmarlo aceptó las características del RAIS y las consecuencias que le acarreaba la decisión de cambio, máxime cuando efectuó traslados horizontales que convalidaron su decisión de traslado.

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

Las partes reiteraron los argumentos expuestos en cada una de las etapas procesales desarrolladas en primera instancia.

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 pensional.

Reclamación Administrativa.

Fue agotada en legal forma como se desprende del formulario que reposa a folio 93 del 05 de septiembre de 2019, donde se solicitó la nulidad del traslado al RAIS. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional.

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó el 29 de febrero de 2000 a PORVENIR S.A (fl. 323) y un traslado automático el 29 de abril de 2002 a SANTANDER hoy Porvenir S.A, tal como se advierte del formulario de vinculación que milita a folio 322. 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 29 de febrero de 2000 diligenció una solicitud de vinculación a PORVENIR (fl. 323), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994[1] , norma que para aquel entonces reglamentaba

---

[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.

la 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, ni mucho menos acredita el deber de información que afirma el recurrente, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre, voluntaria e informada 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, suficiente y clara en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

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

---

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)

los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora del fondo de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un **traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada** (SL4811-2020, SL4373-2020, SL1688-2019), pues es a la AFP a quien le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989[2], para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

También 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 (SL1452-2019[3]) por lo que no es dable alegar que para el momento del

---

[2] *"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"

[3] *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*

traslado del demandante estaba en la primera etapa ese deber información, pues como lo ha reiterado la SL CSJ, la obligación de las AFP de informar a los afiliados ha estado vigente desde la expedición de la Ley 100/93, pues al no garantizarse ese deber se atenta contra los derechos los derechos prestacionales de los trabajadores, pues la normatividad señala que la selección del régimen pensional debe provenir de una elección **libre, voluntaria e informada** 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.

Ahora, 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 QUIJANO HURTADO 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 no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante era beneficiario o no de un derecho pensional 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".* (Subrayado fuera de texto), porque, por el contrario, si al actor al momento del traslado se le hubiese brindado información clara, completa, veraz y suficiente sobre el régimen de ahorro individual con solidaridad, sus características y consecuencias, su decisión de cambio hubiese sido distinta, porque claramente al atentar contra ese deber de informar debidamente a sus afiliados, los mismos ponen en riesgo no solo su futuro pensional si no también los derechos ya adquiridos.

Adujó el recurrente que el traslado horizontal entre administradoras efectuado por el actor, ratificó su decisión de permanecer en el RAIS, no obstante, se advierte que en el plenario solo obra un traslado de AFP automático de PORVENIR a la AFP

---

pensiones de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido.

SANTANDER (fl. 322), quien es hoy precisamente la entidad que pide la revisión de este ítem, sin tener en cuenta que ese cambio no fue una elección voluntaria del afiliado, pues como ya se indicó fue "automático" y obedeció al proceso de fusión entre la demandada y la AFP Santander.

Finalmente, sobre la aplicación automática de la jurisprudencia proferida por la SL CSJ que aduce el apelante se aplica en los procesos de nulidad de traslado, ese argumento no es de recibo en esta instancia, pues solo demuestra precisamente un incumplimiento a sus obligaciones especiales como entidad administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que de ninguna manera el precedente emanado de nuestro máximo órgano de cierre es aplicado de manera caprichosa, como quiera que no solo el Juez de primera instancia analiza de manera integral los hechos, pretensiones y material probatorio, si no también La Sala que conforme a lo previsto en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S, estudia lo que es objeto de reproche por parte de los recurrentes, para así proferir una decisión en derecho.

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

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de PORVENIR. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente ($908.526) para la apelante como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 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 PORVENIR. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente ($908.526) para la apelante como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

MILLER ESQUIVEL GAITÁN